ALLEGAZIONI

DI GIUSEPPE PASQUAL CIRILLO

Primario Professor di Leggi nella Regia Napoletana Accademia, ed Avvocato famigeratissimo.

DISTRIBUITE IN PIU' TOMI

DALL' AVVOCATO

DOMENICO BRACALE,

E dal medesimo disposte per materie, e corredate di argomenti, e sommarj a ciascuna allegazione corrispondenti, e di generale indice, e distinto, il quale si allogherà nell' ultimo tomo di quest' Opera.

TOMO UNDECIMO.

BIBLIOTECA NAZIONALE DI NAPOLI

IN NAPOLI MDCCLXXXIV.

Nella Stamperia di Francesco Petraroja.

Con Licenza de' Superiori.

Digitized by Google

ALLEGAZIONI,

LE QUALI CONTENGONO LE SEGUENTI MATERIE.

Si profegue la materia

I. Della Società ——————— *fol.* 5

II. Degli Obblighi ——————— *fol.* 79

III. Della Nunziazione della nuova opera — *fol.* 131

IV. De' Feudi ——————— *fol.* 238

Digitized by Google

DELLA SOCIETA'.

Per la pupilla D. Lisabetta Maria de Luca, Baroneſſa di Siano, contra D. Giovanna, e D. Emmanuele de Luca.

ARGOMENTO.

I. Quando s'intenda contratta la ſocietà.
II. Se ſul prezzo del feudo ſi poſſa contrarre ſocietà. E ſe'l feudo, che uno de' fratelli, viventi indiviſi, abbia acquiſtato a ſolo ſuo nome, od a nome comune, e con danar comune, cada in comunione degli altri fratelli.

SOMMARIO.

1 NElla *ſocietà il lucro, e 'l danno, deve eſſer comune.*

2 *Dal proemio ſi conoſce la cauſa finale.*

3 *Si cade nella comunion de' beni ereditarj, quando comunemente ſi acquiſta l' eredità.*

4 *Non è da preſumere, che un uom ſano muti ad un tratto parere, e contraddica a ſe ſteſſo.*

5 *Non deve il tacito prevalere all' eſpreſſo; anzi deve l' eſpreſſo far ceſſare il tacito.*

6 *La ſocietà delle rendite, de' frutti, e de' lucri, non ſa preſumere la ſocietà del prezzo, del capitale, e del fondo:* Ved. i num. ſeg.

7 *La*

7 *La società del prezzo non può stare senza la società de' frutti.*

8 *Se 'l feudo, che uno de' fratelli, viventi indivisi, abbia acquistato a suo nome, od a nome comune, e con danar comune, cada in comunione degli altri fratelli:* Ved. il num. 34.

9 *La sola volontà regge tutti gli atti umani: e dove di essa costi, non si tien conto delle parole, le quali sono da intendere nel men proprio significato.*

10 *L'errore non può mai nuocere al vero.*

11 *Il prezzo del feudo può esser burgensatico, o feudale, e quando:* Ved. i num. seg.

12 *Se l'estimazion del fondo legato, dopo il testamento si accresce, l'accrescimento al legatario è dovuto:* Ved. i num. 25. e 26.

13 *Se gli aumenti del feudo, in caso di devoluzione, spettino all'erede ne' burgensatici, od al Regio Fisco.*

14 *Se 'l prezzo del feudo nuovo sia burgensatico, e dividuo così tra i figli, che tra' collaterali:* Ved. i num. seg. *E se attender si debba il prezzo del tempo della compera, oppure del tempo della morte del padre:* Ved. il num. 20.

15 *L'error comune non fa Legge.*

17 *Nelle controversie feudali, gli argomenti tratti dal simile, non vagliono.*

18 *La collazione non ha luogo nelle successioni de' laterali.*

21 *La società non può estendersi oltre la vita de' socj: e tuttochè siasi patto, non passa agli eredi di essi:* Ved. il num. 22.

23 *L'aumento del tempo, segue il dominio:* Ved. i num. seg.

24 *Per la deduzion della falcidia, si attende il valore, che*

che i beni aveano in tempo della morte del teſtatore.

25 *L'aumento del legato di un corpo certo, paſſa al legatario, non all'erede:* Ved. il num. 26.

26 *Il dominio del legato di un corpo certo, morto il teſtatore, paſſa nel legatario: ma ſe'l legato è di quantità, paſſa in tempo della tradizione.*

27 *Il pericolo, e'l comodo della coſa comperata, tuttochè non ne ſia ſeguita la tradizione, al comprator ſi appartiene.*

28 *Il dominio di un fondo comperato da un ſolo, ed a ſolo ſuo nome, a lui ſolamente ſi acquiſta, tuttochè 'l danaro ſia comune a più perſone, alle quali reſta la ſola ragion di credito:* Ved. i num. ſeg.

29 *Per contrarſi la ſocietà, baſta il conſenſo tacito.*

33 *La coſa comperata col danaro altrui, è del ſolo compratore.*

35 *La ſocietà contraeſi ſulle robe, che di preſente abbiamo, o per l'avvenire poſſiamo avere; e queſte non prima ſoggiacciono alla ſocietà, che ſieno già ne' noſtri beni.*

36 *La ſocietà, per la morte di uno de' ſocj, ſi ſcioglie anche fra i ſocj ſopravviventi.*

ALLEGAZIONE I.

QUanto è vero quel comun detto, che hanno i lor fati anche le cause! Chi avrebbe creduto, che si fosse dal S. Consiglio menata buona una società nè da' contraenti voluta, nè dalle Leggi permessa? E pure la menò buona il S. Consiglio con sua sentenza del dì 11. del mese di Luglio dell' anno 1761. Contra cotesta sentenza si son prodotti col dovuto ossequio IX. capi di *nullità*, che mi farò io a difendere, poichè si saran premessi alcuni fatti, donde si fa nascere la controversia.

Nell'anno 1700. viveano indivisi D. Francesco, D. Giacomo, D. Antonio, e D. Giulio de Luca, tutti e quattro egualmente eredi di D. Aniello comune lor padre; ma D. Francesco, ch'era il primogenito, oltre la

porzione ſpettantegli per la ſua propria perſona, rappreſentava ancora la porzione del quinto fratello D. Vincenzo da coſtui rinunziatagli, quando profeſsò vita monaſtica tra' Padri Olivetani. Fece allora penſiero D. Franceſco di comperare il feudo di Siano. A comperarlo, le due ſue porzioni non potean baſtare: onde con iſtrumento del dì 3. del meſe di Giugno gli fécero dono i tre ſuoi fratelli delle tre porzioni, che loro ſpettavano ſopr'alcune partite di arrendamenti, pervenute tra gli altri corpi dalla eredità del ſuddetto D. Aniello. Furon quelle da eſſi fratelli eſtimate duc. 25000, quanto parea, che poteſſe quel feudo valere: onde alle tre, che ſi donavano, ſi diè 'l prezzo di ducati 15000: e ciò ſi fece, perchè, ſebbene di mera e ſemplice donazione irrevocabile tra vivi ſi parlaſſe nell' iſtrumento, nondimeno la donazione ſi ſimulò, perchè poteſſe D. Franceſco più liberamente uſarne a quel fine: del rimanente ſi volle vendere, non donare. Coſta di ciò per un precedente iſtrumento del dì 27. del meſe di Maggio. Quivi ſi dichiarò, che per la compera del feudo di Siano ſarebbeſi D. Franceſco valuto delle due porzioni a ſe ſpettanti del valore di duc. 10000, e delle tre ſpettanti a' ſuoi fratelli del valore di duc. 15000, e che, ſeguita la detta compera, obbligava a tutti e tre per duc. 15000, ed a ciaſcun di loro per 5000. non meno le due porzioni pervenutegli dalla eredità paterna, e dalla rinunzia fattagli da D. Vincenzo, che i corpi feudali, e burgenſatici del detto feudo. Ecco la merce, ecco il prezzo: ecco alienate le tre porzioni, e divenuti creditori ipotecarj del prezzo D. Giacomo, D. Antonio, e D. Giulio, e debitore del prezzo D. Franceſco. Qual altro contratto può mai eſſer queſto, che vendita, e compera? A ſuo luogo ſi moſtrerà, ciò quanto importi. Così nel dì 11. del meſe di Agoſto comperò D. Fran-

D. Francesco a suo nome dal Duca D. Ettore Capecelatro il feudo di Siano per duc. 23600, de' quali pagò duc. 8750. Non più che 12. giorni sopravvisse D. Francesco, onde non si potè su quella compera interporre il Regio assenso. Morto lui *ab intestato* nel dì 23. di quel mese, le tre sue figlie pupille D. Lucrezia, D. Teresa, e D. Chiara, precedente il consenso del curatore, e'l decreto *quod expedit*, rinunziarono ai tre loro zii D. Giacomo, D. Antonio, e D. Giulio la paterna eredità, contente di ducati 9708. liberi di qualunque peso, quanto furono estimate le porzioni al lor padre spettanti. In virtù di cotesta convenzione si fecero i tre fratelli dichiarare dalla G. Corte eredi *ab intestato* di D. Francesco: indi nel dì 4. del mese di Maggio dell' anno 1701. si stipulò tra loro un istrumento, in cui si convenne, che, ferma restando in benefizio di D. Giacomo la donazion fatta a D. Francesco, ratificasse colui a suo nome l' istrumento della compera di quel feudo, e se 'l facesse intestare. Molti patti a cotesto istrumente si apposero. Gli trascriverò io, e gli sporrò quasi tutti a suo luogo. La somma di essi è questa, che potesse D. Giacomo valersi de' ducati 8750. già pagati da D. Francesco: che per lo pagamento degli altri 14850. si vendessero tanti effetti ereditarj: che per cautela delle porzioni, che de' suddetti duc. 23600. a D. Antonio, ed a D. Giulio spettavano, si dovesse chiedere, ed impetrare il Reg. assenso: che non potesse D. Giacomo amministrare altro, che 'l *banco della giustizia*, e 'l solo D. Antonio esigesse *per otto anni forzosi* le rendite non meno del feudo, che delle due comuni eredità del comun padre, e fratello, e ne rendesse dopo ciascun mese il conto: che 'l danaro sopravvanzante l' esito si dovesse porre in uno de' pubblici banchi di Napoli in testa di tutti e tre, da spendersi in comun pro: che

contravvenendo alle cose convenute D. Giacomo, potessero D. Antonio, e D. Giulio astringerlo al pagamento delle porzioni loro spettanti, e, contravvenendo D. Antonio, e D. Giulio, non fosse D. Giacomo ad altro obbligato, che a pagar loro l' interesse delle due porzioni alla ragione del 4÷ per 100; e che nè D. Antonio, nè D. Giulio dentro quegli otto anni toglieste moglie; e, togliendola, potesse ciascuno usar di que' patti contra chi contravveniste. Tendeano i primi patti all' acquisto del feudo in persona di D. Giacomo, ed alla maggior sicurezza de' crediti di D. Antonio, e di D. Giulio: tendeano gli ultimi alla più celere dismissione de' debiti, ond' era la lor casa gravata. Trascurò D. Giacomo l' impetrazione del Reg. assenso fino a che visse il venditore, e la trascurarono non men di lui D. Antonio, e D. Giulio, ch' erano stati nel suddetto istrumento costituiti da D. Giacomo procuratori ad impetrarlo: morto il venditore, fu loro dall' erede impedita. Finalmente nell' anno 1736. in virtù di un istrumento di transazione ottenne D. Giacomo il Reg. assenso, e fattolo registrare ne' Regj Quinternioni, intestossi il feudo.

Da cotesti fatti la presente causa dipende: e potrei quì proporre lo stato della controversia, e farmi a difendere le prodotte *nullità*; ma conducono a farci meglio intendere la sentenza del S. Consiglio alcuni altri pochi fatti, che ora soggiungo. Nell' anno 1745. morì D. Antonio. Lasciò due figlie pupille D. Giovanna, e D. Emmanuele, cui scrisse eredi, e diè loro per tutori il Baron D. Giacomo, e D. Giulio, i quali nell' inventario, che fecero de' beni ereditarj di D. Antonio, posero la *terza di Siano*, soggiungendo, che la sola *terza parte* ne spettava alle pupille. Nell' anno 1752. morì D. Giulio, e scrisse erede il Baron D. Giacomo, e caso che morisse senza figli, gli sostituì per una metà le suddette D. Giovanna,

vanna, e D. Emmanuele, per un' altra i figli del Marcheſe di Caſtelvetere. Tra' ſuoi beni e' poſe la *terza parte del prezzo della terra di Siano comprata nell' anno* 1700. *di comune danaro di eſſo teſtatore, del qu. D. Antonio, e di detto Barone D. Giacomo.*

L'eſſerſi comperato il feudo di Siano con danaro comune: l'eſſerſi convenuto, che ſe n' eſigeſſero le rendite non dal Barone, ma da D. Antonio a condizione, che ne doveſſe coſtui render conto non ſolo al Barone, ma ancora a D. Giulio, e che le ſomme ſuperanti l' eſito ſi ſpendeſſero a comodo di tutti e tre i fratelli; e l'eſpreſſioni uſate nell' inventario de' beni ereditarj di D. Antonio dal Baron D. Giacomo, e da D. Giulio, e da coſtui nel ſuo teſtamento, fecero credere a D. Giovanna moglie di D. Girolamo di Sarno, ed a D. Emmanuele moglie del Marcheſe D. Franceſco di Ruggiero, che nella compera del feudo di Siano ſi volle dai fratelli contrarre, e che di fatto ſi contraſſe, una ſocietà non ſul corpo del feudo, perchè nol permetteva il jus feudale de' Franchi, ſecondo cui ſi vive nel noſtro Regno; ma ſul futuro, ed eventual prezzo di eſſo, come quello, ch'è meramente burgenſatico: e'l S. Conſiglio nel dì 11. del meſe di Luglio dell'anno 1761, deferendo alle loro iſtanze, profferì la ſeguente ſentenza: *Viſis actis, inſtrumento inito ſub die 4. Maji* 1701; *inventario bonorum hereditariorum qu. D. Antonii de Luca confecto per magnif. Baronem Terrae Siani D. Jacobum de Luca, & D. Julium de Luca ejus fratrem, tutores D. Johannae, & D. Emmanuelis de Luca filiarum qu. D. Antonii, comparitione, & teſtamento condito per D. Julium de Luca, S. C. declarat licere, & licitum eſſe magn. Baroni terrae Siani D. Jacobo de Luca procedere ad venditionem feudi terrae praedictae, auditis praefatis magn. D. Johanna, & D. Emmanuele de Luca filiabus, & here-*

heredibus qu. D. Antonii, ac pariter vocatis in teſtamento qu. D. Julii, & aliis in dicto teſtamento vocatis: & pretium ex dicta venditione perveniendum dividatur in tres aequales portiones pertinentes, unam ſc. ad eundem magn. Baronem nomine proprio, aliam, uti heredem dicti qu. D. Julii, cum vinculis tamen, & ſubſtitutionibus in ejus teſtamento contentis: tertiam vero partem ad praefatas D. Johannam, & D. Emanuelem filias, & heredes dicti qu. D. Antonii, ſervata forma ejus teſtamenti, cum vinculis, & ſubſtitutionibus in eodem contentis vigore decreti praeambuli.

Queſta ſentenza ſpera oggi la pupilla D. Liſabetta Maria de Luca Baroneſsa di Siano figlia, ed erede del Baron D. Giacomo, che ſi dichiari nulla dallo ſteſso S. Conſiglio. E poichè de' IX. capi delle *nullità* dal lor padre prodotte, alcuni riguardano il volere de' fratelli de Luca, e ſeguentemente il fatto: alcuni il potere, e ſeguentemente il dritto; gli ridurrò io a due, ed in due Capi partirò la preſente Scrittura. Moſtrerò nel primo, che non ſi volle da' fratelli de Luca contrarre ſocietà ſul prezzo del feudo di Siano: moſtrerò nel ſecondo, che ciò non ſi potea per Legge volere.

CAPO I.

Da' fratelli de Luca non ſi volle mai contrarre ſocietà ſul prezzo del feudo di Siano.

A Conoſcere, che da' fratelli de Luca non ſi volle mai contrarre ſocietà ſul prezzo del feudo di Siano, baſterebbe il ſolo riflettere, che in niuno de' tre iſtrumenti, che tra di loro ſi ſtipularono, di coteſta

ſocie-

società si fece alcun motto. Se si volea, perchè non se ne parlò? Costava molto poco il parlarne, ed era cosa rischiosissima farla dipendere da congetture, che nel caso di una lite avrebbon potuto deludergli. Si aggiunge, che nell' istrumento del dì 4. del mese di Maggio dell' anno 1701, nel qual si convenne, che ratificasse D. Giacomo la compera del feudo fatta da D. Francesco, volendo essi provvedere ai loro interessi, espressamente parlarono della impetrazione, e registrazione del Reg. assenso, dell' amministrazione del *banco della giustizia*; della esazion delle rendite; del rendimento de' conti; dell' impiego del danaro sopravvanzante l' esito; del non potersi da loro per lo spazio di otto anni tor moglie, e di quel, che si sarebbe a ciascuno permesso di fare in ogni caso di contravvenzione. Or chi è, cui possa parer verisimile, che coloro, i quali di tante, e sì minute cose espressamente parlarono, perchè le volean davvero; volendo davvero contrarre una società sul prezzo del feudo, ch' era cosa molto più grave, non ne avesser fatta parola; anzi non avessero nè meno nominato cotesto prezzo?

Molto più chiaramente cotesta società si esclude per quel, che da essi si espresse ne' tre suddetti istrumenti del dì 27. del mese di Maggio, del dì 3. del mese di Giugno dell' anno 1700, e del dì 4. del mese di Maggio dell' anno 1701. Ne' primi due si simulò, come si è detto, una donazione; ma si fece dai tre fratelli D. Giacomo, D. Antonio, e D. Giulio una vendita a D. Francesco delle tre loro porzioni per certo e determinato prezzo di duc. 15000, de' quali si disse, che 5000. spettavano a ciascuno di essi: e per la certa e determinata somma di que' ducati 15000. dovuti a tutti e tre, e di que' 5000. dovuti a ciascuno, obbligò D. Francesco le due porzioni a se spettanti della

eredità paterna, e i corpi del feudo, che farebbesi comperato. Or chi non vede nascère da que' due istrumenti non altro, che un credito, ed un debito di certa e determinata quantità? Sempre, ed in ogni caso dovea D. Francesco ai tre suoi fratelli 15000. duc., e 5000. a ciascuno, nè più, nè meno. E qual cosa è più contraria alla società? Proprio è della società, che comune esser debba il lucro, e 'l danno (a): onde, posta la società sul prezzo del feudo, poteano le somme, che si ponean in comune, accrescersi col variar del tempo, o scemarsi; e perciò non era da dire, che 'l credito di tutti e tre i fratelli era di duc. 15000, e 'l credito di ciascuno era di 5000; e non era da obbligarsi D. Francesco per 15000. a benefizio di tutti e tre, per 5000. a benefizio di ciascuno. Ma siano interpetri di que' due istrumenti, e giudici di quel, che io dico, gli stessi tre fratelli D. Giacomo, D. Antonio, e D. Giulio, che trasferirono per quella somma in D. Francesco le tre loro porzioni. Nel sopraccitato istrumento del dì 4. del mese di Maggio i due precedenti istrumenti si fecero da essi epilogare, e sporre così: *E le tre porzioni di d. capitali con loro entrate, che importavano duc.* 15000. *effettivi spettanti a d. Sign. D. Giacomo, D. Antonio, e D. Giulio, da essi furono donate a beneficio di D. Francesco per titolo di donazione irrevocabile fra vivi . . . quali duc.* 15000, *benchè fossero apparsi donati da d. D. Giacomo, D. Antonio, e D. Giulio a beneficio di d. D. Francesco a tutta passata, ad ogni modo fu per non darsi impedimento all' alienazione, ch' esso D. Francesco dovea fare*, praevia cessione juris luendi *di d. capitali*, ut supra, *descritti, fra li quali vi andavano incluse le porzioni, che spettavano a d. D. Francesco*

(a) *Inst. lib. 3. tit. de societ. §. 1.*

resco nome proprio, *e come rinunciatario di d. D. Vincenzo de Luca loro fratello*; *mentre*, rei veritate, *per la medesima somma di ducati* 15000. *detto qu. D. Francesco promise, che* SEMPRE, E QUANDO *d. D. Giacomo, D. Antonio, e D. Giulio volevano essere soddisfatti di d. duc.* 15000. *effettivi, ognuno di essi per la sua porzione di duc.* 5000, *essi D. Giacomo, D. Antonio, e D. Giulio avessero potuto avere il ricorso sopra il feudo comprando da esso q. D. Francesco, e sopra li corpi burgensatici, e feudali di quello, e sopra ogni altra porzione, che spettava a d. D. Francesco.* Notevolissime sono le parole *sempre*, *e quando*, come quelle che riguardano qualunque futuro tempo: e le parole *di d. duc.* 15000. *effettivi, ognuno di essi per la sua porzione di duc.* 5000, come quelle, che disegnano somma certa, ed invariabile in ogni tempo avvenire. Passino pure anni, e secoli: si accresca, o si scemi il prezzo del feudo; *sempre*, *e quando* vogliano i tre fratelli essere del lor credito soddisfatti, salva è loro l' azione non per più, nè per meno di duc. 15000. a benefizio di tutti e tre, di 5000. a benefizio di ciascuno. Dov'è ora la società sul prezzo del feudo?

A sì chiare dimostrazioni il sottil Contraddittore, che oppone? Alcune congetture infelicemente tratte da tre luoghi di quel terzo istrumento, che trascriverò io uno ad uno, sperando di poter mostrare per essi non men, che per quelli, che ho recati in mio pro, non essersi da' fratelli de Luca voluta mai la pretesa società.

Il primo luogo è questo: *Pertanto, dovendosi ratificare detto istrumento di compra, e vendita di detta terra di Siano da uno di detti Sign. fratelli, il quale dovrà intestarsi detto feudo, per essere che quello non si può dividere, perciò detti Sign. fratelli vogliono venire alla infrascritta convenzione &c.* Questo, dice il Contrad-

dittore, è 'l proemio della convenzione: e ſi sa, che
2 dal proemio ſi conoſce la cauſa finale (*a*): or la cauſa, che quivi allegano i contraenti del doverſi il feudo inteſtare ad uno, è la natura individua del corpo del feudo; vale a dire, la neceſſità, non la volontà loro. Avrebbon dunque voluto, ſe foſſe ſtato poſſibile, acquiſtarne ciaſcun la parte, e poſſederlo in comune, come poſſedean la paterna, e fraterna eredità; ma, conoſcendo, che ciò poſſibil non era, è da credere, che aveſſer voluto quel, ch' era poſſibile; cioè, che aveſſer voluto contrarre una ſocietà ſul prezzo del feudo, ch' è di ſua natura burgenſatico, e dividuo.

Ed è argomento queſto da ſmaltirſi nel S. Conſiglio? Nel ſecondo Capo di queſta Scrittura vedraſſi, ſe ſia ſempre vero quel, che con tanta franchezza ſi afferma, eſſer burgenſatico di ſua natura il prezzo del feudo. Riſpondaſi per ora al contrario argomento. Dal non aver uno potuto quel, che volea, mal può trarſi la conſeguenza, che abbia voluto quel, che potea, quandochè potendo liberamente dire quel, che volea, non l' ha detto. Se aveſſer coloro voluto contrarre ſocietà ſul prezzo del feudo, era quello il luogo da dirlo: e nol diſſero. Ma poichè nelle traſcritte parole ſi dice, che *per eſſer, che 'l feudo non potea dividerſi, venivano eſſi alla infraſcritta convenzione;* perchè quelle s'intendano, è da vedere, l' *infraſcritta convenzione* qual ſia. Nè ſi ha da durar fatica a trovarla. Si propone poco dopo così: *Che per la morte ſeguita di D. Franceſco, debba la donazione a lui fatta reſtar ferma a beneficio di D. Giacomo giuſta la ſua ſerie, continenza, e tenore.* Dunque da' fratelli de Luca ſi volle per riſpetto di D. Giacomo quello ſteſſo, che ſi era voluto per riſpetto di D. Fran-

(a) *Arg. L. ult. ff. de her. inſt.*

D. Francesco: dunque come per rispetto di D. Francesco, così per rispetto di D. Giacomo, non altro si volle, se non che assecurare sul feudo i crediti, ch'e' rappresentavano di certa quantità: dunque si escluse sempre qualunque società non solo sul corpo, ma ancora sul prezzo del feudo. A confermazione di ciò, si rifletta, che, morto D. Francesco, nulla vi era di feudale nella di lui eredità, perchè morì, come si è detto, primachè sulla compera di quel feudo s' impetrasse il Reg. assenso. Era nella dilui eredità la semplice tenuta, sopra cui, come burgensatica, e dividua cader potea società: contuttociò si volle, che si ratificasse la compera da un solo, che si munisse del Reg. assenso, e da un solo il feudo si acquistasse. Ecco come al burgensatico ed al dividuo preferirono i fratelli de Luca il feudale e l'individuo: ecco come esclusero del tutto la società. Riflettasi ancora, che D. Giacomo, D. Antonio, e D. Giulio, avendo acquistata *communiter*, come parla Ulpiano (*a*), l' eredità di D. Francesco, erano già, secondo l'espressione dello stesso Ulpiano, *caduti nella comunione* de' beni ereditarj, tra' quali era la tenuta di quel feudo: onde n'era comune a tutti e tre l'annua rendita, e'l prezzo. Dunque volendo, che se ne acquistasse l'utile dominio da un solo di essi tre, certamente vollero recedere dalla comunione della cosa, e del prezzo di essa: tanto è lontano, che avessero avuto l' animo di contrarre una nuova società. Sulla feudalità della terra di Siano niuno de' tre fratelli de Luca aveva alcun diritto, perchè mancando il Regio assenso, la sola burgensatica tenuta era nella eredità di D. Francesco. Per contrario, il diritto di ratificare la compera, che D. Francesco ne avea fatta, era così comune a 3

(a) *In L. ut sit* 31. *ff. pro socio.*

tutti e tre, che non potea l' uno usarne senza il permesso degli altri. Ecco perchè si dice, che D. Antonio, e D. Giulio *si contentarono*, che D. Giacomo *la ratificasse*. Ma si osservi, che se ne contentarono, *cedendogli tutte le ragioni, ed azioni, che dovessero spettare, e competer* loro *sopra detto feudo*; cioè, per acquistare quel feudo. E come può meglio escludersi la società? Non altro è la società, che una comunion convenuta de' diritti di ciascuno de' soci. Dunque invano cede l' uno de' soci *tutte le sue ragioni, ed azioni* all' altro. Cedale pur, quanto vuole: per potestà di Legge tornano in comune. Di più si osservi, che fecero i due fratelli a D. Giacomo la cessione di *tutte le ragioni, ed azioni* loro competenti non sopra tutta l' eredità, ma *sopra il detto feudo, e sopra le sue entrate burgensatiche, e feudali TANTUM*. Restrinsero essi la cessione delle ragioni alla terra di Siano, ed alle sue rendite, ed usarono la particella tassativa *tantum*, per farci conoscere, che la comunione, nella quale eran caduti, ratificandosi la compera da D. Giacomo, dovea per rispetto di quel feudo cessare. Finalmente si osservi, che per rispetto di quel feudo gli fecero cessione di *tutte* le loro ragioni. Chi dice *TUTTE*, niuna n' esclude; poichè dunque le ragioni lor competenti, riguardavano l'acquisto non meno dell' utile dominio del corpo del feudo, che dell'aumento del prezzo, il quale segue per Legge il dominio; è cosa sconciissima a dire, che nell' atto, ch'e' diceano di cedere a D. Giacomo *TUTTE le loro ragioni, ed azioni*, volessero ritenere presso di se *ragione, ed azione* sul prezzo di quel feudo.

Il secondo luogo è questo: *Per la quale impetrazione d' assenso, detto D. Giacomo costituisce procuratori detti Signori D. Antonio, e D. Giulio* in solidum, *di modo che nel suo nome possano ottenere detto assenso Re-*

gio

gio in forma Regiae Cancellariae; *talchè detti Signori D. Antonio, e D. Giulio sempre, ed in ogni futuro tempo possano soddisfarsi, ed esser soddisfatti sopra il detto feudo delle loro porzioni, che li spettano, e spetteranno soddisfarsi.* Il verbo *spetteranno*, dice il Contradittore, come verbo di tempo futuro, disegna somma incerta: nè si può cotesta incertezza intendere altrimenti, che supposta una società sul prezzo del feudo, il qual può ricevere diminuzione, od aumento.

E i fratelli de Luca, volendo contrarre società sul prezzo di un feudo, non sapeano in altro miglior modo dichiarar l'animo loro, che usando un semplice verbo di tempo futuro! E se vollero a cotesto modo il loro animo dichiarare, come non si accorsero, ch' e' contraddiceano a se medesimi in una istessa scrittura, anzi in un istesso periodo? Le trascritte parole sono immediatamente precedute da queste altre: *E si è convenuto tra esse parti, intestato che si avrà detto D. Giacomo il detto feudo, si debba ottenere il Regio assenso per cautela delle porzioni spettanti ad essi Signori D. Antonio, e D. Giulio delli sudetti ducati* 23600., *quali porzioni per ciascuno di essi D. Antonio, e D. Giulio importa la somma di ducati* 7866. 3. 6. Dell'assenso da impetrarsi per cautela delle porzioni spettanti ai due fratelli de Luca, si parla nelle antecedenti, e nelle susseguenti parole; dunque le stesse sono in queste, che in quelle le porzioni; ma nelle parole antecedenti espressamente si dice, che le porzioni loro spettanti erano le porzioni de' duc. 23600. primo prezzo del feudo, e come tali sono porzioni certe ed invariabili; e per maggior chiarezza, senzachè ve ne fosse alcun uopo, soggiugnesi, che la porzione a ciascuno spettante, erano duc. 7866. 3. 6: dunque certe ancora, ed invariabili esser debbono nelle susseguenti. Che se così non

fosse,

foſſe, ſi diſtruggerebbero due indubitate maſſime legali
4 tratte da due luoghi delle Pandette: l' una, non eſſer mai da preſumere, che l'uom ſano, maſſimamente quando ſcriva (il che più penſatamente ſi fa) muti ad un tratto parere, e contraddica a ſe ſteſſo (*a*): l'altra, non
5 dovere il tacito prevalere all' eſpreſso; anzi, per contrario, dover l'eſpreſso far ceſsare il tacito (*b*). Che ſe fermo è ancora il Contraddittore nel credere, che 'l verbo *ſpetteranno* dinoti incertezza di porzione, io non mi gli oppongo: il prego ſolamente, che voglia por mente ad alcune parole, che immediatamente il ſeguono, ed a cui quel verbo ſi riferiſce. Le parole ſono: *dedotti li peſi, che a ciaſcheduno ſpetteranno ſoddisfarſi.* Come io non nego, che per lo verbo *ſpetteranno*, diſegnaſi ſomma incerta, così, colla ingenuità ſua, e' non negherà, che le parole, *dedotti li peſi*, ſono parole, che ſcemano, nè poſsono mai accreſcere quella ſomma: e ſtando così la coſa, come ſta di certo, ſe dal verbo *ſpetteranno* ſi poteſse mai trarre ſocietà ſul prezzo del feudo, ſarebbe queſta una ſocietà, della quale e' non potrebbe eſser contento, poichè per sì fatta ſocietà ben potrebbero ſcemarſi, non mai accreſcerſi le porzioni. Dunque il ſenſo della parola *ſpetteranno*, unita alle parole *dedotti li peſi*, è del tutto diverſo da quello, che le ſi vuol dare: e 'l vero ſenſo è queſto. Aveano i tre fratelli contratti molti debiti, de' quali ſi fa menzione ſul fine dell' iſtrumento: ſpezialmente ſi trovavano obbligati alle figlie del defunto D. Franceſco per duc. 9708, ed alla lor comune ſorella D. Anna per duc. 5000, e ſi trovavan loro obbligati *in ſolidum* coll'

(a) *Arg. L. non ad ea* 89. *de cond. & dem.*

(b) *Arg. L. quum ex filio* 39. §. 1. *de vulg.*, *ubi* Bart.

coll'espressa rinunzia alla notissima *Auth. hoc ita*. Cotest'obbligo solidale facea, che potessero le creditrici pretendere il solido da ciascuno de' correi. Or casochè si fosse dal solo D. Giacomo pagato loro il solido, si volle nell'istrumento espressamente convenire, che nel tempo della restituzione delle due porzioni del primo ed invariabil prezzo del feudo, ne avrebbe D. Giacomo dedotte le somme, che avesse a comodo de' due suoi fratelli pagate.

In vigor di un terzo luogo di detto istrumento furon poste in comune, dice il Contraddittore, non le sole rendite delle due eredità paterna, e fraterna, ma le rendite ancora del feudo di Siano: e poichè le rendite, come frutto del prezzo, al prezzo si riferiscono, ecco contratta sul prezzo del feudo una società.

Ecco, rispondo io, ecco esclusa del tutto la società sul prezzo del feudo: nè ciò meglio si dimostra, che per cotesto istesso luogo dell'istrumento. Primieramente si noti, che ben sapeano i fratelli de Luca chiaramente esprimere quel, che volean davvero. Vollero contrarre una società di frutti, e l'espresero in modo, che più distintamente esprimer non si potea. Spiegarono i diversi generi de' frutti, sopra cui dovea cadere: ne determinarono il tempo: prescrissero le regole della esazione, della conservazione, e dell'impiego del danaro: e ne' due seguenti §§. previdero, e proposero i casi della contravvenzione, nè tacquero quel, che in ciascuno di essi si avesse a fare. E perchè poi nulla dissero della società, che oggi pretendesi sul prezzo del feudo? perchè nè meno nominaron quel prezzo? Sarebbe stata questa una società di tempo indefinito; cioè, fino a che non si fosse venduto il feudo, ed avrebbe perciò richieste molto più gravi, e più provvide cure, e non se ne parlad era quella una società di soli otto anni,

e tan-

e tanto se ne scrive! Secondamente si noti, che, avendo i fratelli de Luca contratta società di soli frutti, non oscuramente esclusero la società sul prezzo del feudo. La società de' frutti cadea sulle rendite delle due eredità paterna, e fraterna, e sulle rendite feudali, e burgensatiche della terra di Siano. Per rispetto delle prime vi era già comunione tra' fratelli de Luca: onde non si contrasse per quell'istrumento una nuova società, ma solamente l'obbligo di permanere nell'antica comunione per lo determinato spazio di otto anni, e sotto alcune condizioni: per rispetto delle seconde, se si fosse tra essi contratta la società sul prezzo del feudo; sarebbe stato del tutto inutile contrarsi dappoi la società de' frutti, perchè questa seconda era una necessaria conseguenza di quella prima, non potendosi intendere, come chi ha società sul prezzo, non l'abbia ancora sulle rendite, che sono un prodotto di quello. Se dunque i fratelli de Luca vollero espressamente contrarre, e di fatto espressamente contrassero società sulle rendite del feudo, mostraron chiaro, ch' e' non avevan mai voluto contrarla sul prezzo. Nè solamente inutil cosa sarebbe stata, dopo contratta la società sul prezzo del feudo, il contrarsi la società de' frutti; ma sarebbe ancora stata cosa, secondo le regole del dritto, assai dura ad intendere. La società de' frutti si contrasse per soli otto anni: la società sul prezzo del feudo è di tempo indefinito; ed in fatti si vuole, che si fosse contratta nell'anno 1701, che duri ancora nel discorrente anno 1766, e sia per durare in appresso. Or chi è, che intenda, come di due società, delle quali l'una è necessaria conseguenza dell'altra, posa quella, ch' è necessaria conseguenza, essere di tempo certo, e l'altra di tempo indefinito? Poste due cose, delle quali è l'una necessario effetto dell'altra, dee l'effetto tanto durare,

rare, quanto dura la causa. E quì non vorrei, che 'l mio venerato Contraddittore credesse, che da me gli si conceda quel, ch' e' pretende; cioè, che la società delle 6
rendite abbia a far presumere la società del prezzo, di cui son frutto. Io francamente gliel nego per l' autorità del Saliceto, e del Balzarano. Scrive il primo (*a*): *Communicatio lucrorum non infert communicationem capitalis, sicut nec communicatio fructuum infert communicationem fundorum:* e dopo di aver citato al proposito un testo feudale (*b*), che or ora sporrò, soggiunge: *Confirmo ratione, quia facto declaratur intentio, sed ex communicatione fructuum intentio non fit communicandi fundum, vel rem, ex qua percipiuntur.* Per lo stesso testo feudale scrive il secondo (*c*): *Per communionem fructuum non infertur ad communionem capitalis.* All' autorità di cotesti due Dottori aggiungo io, che non quel, che si dice della società del prezzo, è parimente da dire della società de' frutti. La società del prezzo non 7
può stare senza la società de' frutti, poichè dipendendo necessariamente, secondochè si è detto, i frutti dal prezzo, come l'effetto dalla sua causa, quel, che della causa si dice, è da dire ancor dell' effetto, altrimenti diversa sarebbe la qualità dell' effetto dalla qualità della causa contr' a ciò, che la ragion ci detta, e la cotidiana sperienza ci mostra: per contrario, la società de' frutti può non dipendere da altra società, come da causa; e ben può stare del tutto da se: nel qual caso non ha da far presumere la società del prezzo: ed ora

(a) *In L. si patruus 4. C. comm. utriusque judic. num.* 14, *&* 15.

(b) *Cap.* si duo fratres *sub tit. De fratrib. de novo benefic. investit.*

(c) *In cit. cap. num.* 17.

propongo io quel testo feudale, in cui la dottrina del
8 Saliceto si appoggia. Nel Libro II. de' feudi ci è 'l titolo: *De fratribus de novo beneficio investitis*, o, come appresso il Cujacio si legge: *De successione fraterni feudi*. Parlandosi quivi di due fratelli, che vivono sotto lo stesso tetto indivisi, fingonsi, giusta la sposizione di Andrea d'Isernia, e di Matteo degli Afflitti, due casi, l'uno di un fratello, che acquistò il feudo a suo nome: l'altro di un fratello, che, offerendo al Principe cavalli, ed armi comuni, o comun danaro, l'acquistò a nome comune; cioè, *non gerendo pro se tantum*, come dice Andrea d'Isernia, ma per se, e per suo fratello. Nel primo caso si dice, che nè in vita, nè dopo la morte del fratello, che l'acquistò, si appartiene il feudo all'altro fratello, se non che *per pactum*; cioè, per la investitura; ma che, vivendo essi indivisi, ne son loro comuni i frutti: *Si duo fratres in casa communi post mortem patris remanserint, idest, habitaverint simul, & unus eorum feudum adquisierit; plerique dicunt, ad alium non pertinere, sed ad dominum, nisi per pactum, sed neque vivente eo, qui adquisierit, neque post mortem ejus; fructus tamen erunt communes, donec simul habitaverint*. Ecco una comunion di frutti, che sta principalmente da sè, nè fa presumere comunion di prezzo. Nel secondo caso si dice lo stesso, non ostante che sieasi acquistato il feudo col danaro comune, ed a comun nome: *Quod si cum equis, & armis communibus, vel pecunia communi sit adquisitum, adhuc idem dicunt*: ed ecco (il ripeto) ecco una comunion di frutti, senzachè ci sia comunion di prezzo. Che se mi si dica, che la comunione, la quale in quel testo per la semplice comunion de' frutti si esclude, è la comunione del corpo del feudo, ch'è di sua natura individuo, non la comunione del prezzo; rispondo, che in quel testo si

tratta

tratta di feudo dividuo (e Giacomo Cujacio il nota) e che oltre a ciò la comunion del prezzo espressamente si esclude, soggiungendosi, che 'l fratello, il quale acquistò col danaro comune il feudo, altro non è tenuto di dare all'altro fratello, che la rata del primo invariabil prezzo del tempo dell'acquisto: *Dum tamen meminerimus, id, quod de communi* EXPENSUM EST, *alteri pro parte competenti esse restituendum*. Dicesi, *quod expensum est*: la qual parola certamente si riferisce alla rata del prezzo, che si pagò nel tempo della compera, non a quel, che può'l feudo valere nel tempo della restituzione. Così dopo l'Isernia il dottissimo Matteo degli Afflitti (a): *Quinto, & ultimo notat tenetus in fine, ubi,* QUOD DE COMMUNI EXPENSUM EST, *quod quando frater adquisivit feudum pro se de bonis communibus, alter frater potest petere medietatem illius pecuniae, quae fuit expensa pro habendo feudo, & sic non petit medietatem aestimationis; nam si feudum fuisset emtum quinquaginta de bonis communibus, & tempore divisionis feudum valeret mille, solum ille frater* XXV. *potest petere per istum textum: quod tenementi, quia quotidie potest in facto contingere.*

Ai tre istrumenti degli anni 1700, e 1701, che si sono sinora esaminati, aggiungasi un quarto istrumento dell'anno 1736, e sempre più si conosca, che dai fratelli de Luca non si volle contrarre società sul prezzo del feudo di Siano. Morto D. Francesco prima d'interporsi il Reg. assenso sulla compera del feudo, rivocò, come si è detto, la vendita l'erede del venditore: ma finalmente tra lui, e D. Giulio de Luca procurator di D. Giacomo, si stipulò nell'anno 1736. un nuovo istrumento di transazione, e di vendita. Rinunciò l'ere-

(a) *In cit. cap.* si duo fratres, *num.* 7.

de del venditore al giudizio della rivocazione, contento della ſomma di duc. 450, e vendè'l feudo a D. Giacomo. Leggaſi coteſto quarto iſtrumento, e ſi troverà, che v' intervenne D. Giulio a nome di D. Giacomo: che a nome di D. Giacomo comprò: che a nome di D. Giacomo pagò quella ſomma, apponendovi l' eſpreſſo patto, che l' erede del venditore, in caſo di contravvenzione, doveſſe a D. Giacomo, ed agli eredi e ſucceſſori di D. Giacomo reſtituirla. Non ci è coſa in coteſto iſtrumento, che non eſclu la la preteſa ſocietà ſul prezzo del feudo. A giudizio del Contraddittore, uno de' ſoci era D. Giulio; ma col carattere di procuratore del ſolo D. Giacomo intervenne D. Giulio all' iſtrumento: per D. Giacomo ſolo comprò: per D. Giacomo ſolo, e di danaro del ſolo D. Giacomo, pagò que' duc. 450; ed a benefizio del ſolo D. Giacomo, e de' coſtui eredi, e ſucceſſori ne pattuì la reſtituzione, quandochè ſpendendoſi quel danaro per aſſecurare il prezzo del feudo, ſul quale era caduta la ſocietà, dovea ſpenderſi da tutti, ed a tutti reſtituirſi; dunque trattò D. Giulio il negozio del ſolo D. Giacomo, nol negozio comune. Intendo bene, che ſtipulandoſi l' iſtrumento con un eſtraneo, forſe non conveniva di mentovarviſi quella privata fraterna ſocietà; ma dovendo D. Giulio intervenirvi con un carattere, che mal ſi confacea col carattere di ſocio, richiedeva il ſuo intereſſe, che alla indennità ſua provvedeſſe, facendo con D. Giacomo qualche preventiva convenzione: e queſta convenzione non ci è.

Or che ſi è moſtrato, che dai fratelli de Luca non ſi volle mai contrarre ſocietà ſul prezzo del feudo di Siano, qual conto ſi può tenere dell' eſpreſſioni uſate o dal Baron D. Giacomo, e da D. Giulio nell' inventario, che fecero de' beni ereditarj di D. Antonio, o da
9 D. Giulio nel ſuo teſtamento? E' maſſima indubitata di

Legge,

Legge, che la ſola volontà regge tutti gli atti umani; e dove coſti di eſſa, non dobbiamo brigarci delle parole, che ſono allora da intendierſi nel mon proprio ſignificato (*a*). Scriſſero il Baron D. Giacomo, e D. Giulio in quell'inventario: *La terra di Siano comprata per duc. 24000. rende annui duc. 960:* e più giù: *Con altra proteſta, che li ſuddetti beni, come ſopra deſcritti, ed annotati, la terza parte ſolamente di eſſi ſpetta a detta Sig. D. Giovanna, e D. Emmanuele, atteſo le altre due terze parti ſpettano ad eſſo Barone D. Giacomo, e D. Giulio, per eſſere buona parte di eſſi comprati con denaro comune:* le quali parole, ſecondo il proprio ſignificato, ci deſtano l' idea della preteſa ſocietà. Ma più coſe ſon da riflettere, onde ſi moſtra, non aver badato que' due a quel, che ſcriveano. Dicono, che fu la terra di Siano comperata duc. 24000, e non doveano ignorare, che ſi comperò duc. 23600. Pongon tra' beni ereditarj di D. Antonio la terza parte della *terra di Siano*: e queſta eſpreſſione diſegnando il *corpo*, non già'l *valore* del feudo, è direttamente contraria a quel, che aveano eſſi medeſimi ſcritto nell' iſtrumento dell' anno 1701, ed a quel, che oggi dal Contraddittor ſi pretende. Aveano eſſi ſcritto in quell' iſtrumento, che *non potea dividerſi* il feudo di Siano: e come poi nell' inventario ne danno a D. Antonio una parte? Pretende il Contraddittore la ſocietà ſul prezzo, non ſul corpo del feudo: e come poi gli può quella eſpreſſione giovare? Si aggiunge, che avendo D. Giacomo, e D. Giulio poſto tra' beni ereditarj di D. Antonio la terza parte della terra di Siano, doveau poi, ſeguendo la ſteſſa idea,

(a) *L. ſed Celſus 6. §. 1. de contrab. emt., L. ſi quis in 3. §. 9. de adim. leg., L. ſemper 34. de reg. jur., & L. 3. C. de lib. praet.*

idea, porre tra' pesi ereditarj anche l'adoa: e pure non ne fecero alcun motto. Dunque scrisser così con molto poca riflessione, e con manifesto errore. Si sa, che l'
10 errore non può mai nuocere al vero (*a*): e molto meno può nuocergli nel nostro caso, perchè dopo di aver que' due noverata tra' beni ereditarj di D. Antonio la terra di Siano, si protestarono espressamente così: *Se vi fossero posti beni, che non fossero dell' eredità suddetta, si abbiano quelli per non posti, e descritti nel presente inventario.* E perchè non si potrebbe ancora dire, che D. Giacomo, e D. Giulio per la terza parte della terra di Siano intesero la terza parte del prezzo, per cui fu comperata? Mi muove a creder così l' espressa menzione, ch' e' fecero di quel prezzo, senzachè ne fosse uopo: e molto più mel fa credere l'espressione da D. Giulio usata nel suo testamento. Quel D. Giulio, che tra' beni ereditarj di D. Antonio avea posta la terza parte della *terra di Siano*, dispose poi nel suo testamento della terza parte non della *terra*, ma *del prezzo della terra*. Sue parole sono: *E tra l'altri nella terza parte del prezzo della terra di Siano, la quale nell' anno 1700. fu comprata di comune denaro di esso testatore, del qu. D. Antonio, e di detto Barone D.Giacomo.* E poichè mentovò nell'istesso periodo il prezzo di quella terra, e la compera, che se ne fece, e'l tempo, in cui si fece; è chiaro, che parlò della rata de' ducati 23600, quanto si comperò, non della rata del valore del tempo del testamento, o d'altro tempo avvenire. Ed abbia quì fine il primo Capo di questa Scrittura.

CA-

(a) *L. non fatetur 2. ff. de confes.*, *L. quum falsa 5. C. de jur. & fact. ign.*

CAPO II.

Da' fratelli de Luca non ſi potè per Legge volere la mal preteſa ſocietà ſul prezzo del feudo di Siano.

SI finga ora, che ſi foſſe da' fratelli de Luca voluta la ſocietà ſul prezzo del feudo di Siano. Anche in tal caſo la voluta ſocietà non ci ſarebbe, perchè non potea per Legge volerſi. Quella Legge, che non permette la ſocietà ſul corpo del feudo, quella ſteſſa Legge non la permette su quel maggior valore, che ha 'l feudo col volger degli anni acquiſtato, detto volgarmente l'*aumento del tempo:* ch'è quel prezzo, ſul quale pretendeſi contratta da' fratelli de Luca la ſocietà.

Quì parmi di udire il Contraddittore, che ridice quel, che già diſſe in Ruota, ch' è da por differenza tra 'l corpo, e 'l prezzo del feudo: che 'l corpo, ſecondo il dritto de' Franchi, è individuo, e come tale non ſoffre ſocietà; ma burgenſatico e dividuo è 'l prezzo, e, come tale, l' ammette; e che coteſta differenza chiaramente ſi prova per quel, che ne' Libri del jus feudale ſi legge del feudo nuovo, il cui corpo, ſecondo il dritto de' Franchi, al ſolo primogenito ſi appartiene; ma, morto il padre, che 'l comperò, ſe ne divide il prezzo tra tutti i figli, e ſi divide quanto è nel tempo della morte, non quanto fu nel tempo dell' acquiſto.

Riſpondo, non eſſere generalmente vera l'allegata differenza, concioſiachè ſia il prezzo del feudo, e di qualunque altro fondo da conſiderarſi in due modi, o come ſeparato dal corpo, o come unito al corpo. Conſideraſi come ſeparato, quando il corpo ſi compera, e ſi ven-

ſi vende, perchè trovaſi allora preſſo colui, che vende il corpo, e preſso colui, che compera, il prezzo; e perfezionata la compera, e la vendita, paſſa il corpo a colui, che aveva il prezzo, e 'l prezzo a colui, che aveva il corpo: onde ſono del tutto diverſe coſe il corpo, e 'l prezzo. Conſideraſi, per contrario, unito, quando una iſteſsa perſona, avendo il corpo preſso di se, ne ha parimente l'eſtimazione; non eſsendo da dubitare, che chi ha nel ſuo patrimonio il tale, o 'l tal corpo, può ben dire di avervi tanto, quanto può que-
11 ſto, o quello valere. Conſiderato il prezzo di un feudo come ſeparato, è certamente burgenſatico e dividuo, come quello, che per Legge non può conſiſtere in altro, che in denar contante (*a*), ch'è un corpo del tutto diverſo dal fondo, che ſi vende, e ſi compera, ed è ſempre burgenſatico, e ſempre dividuo. Conſiderato come unito, tanto è lontano, che ſia coſa diverſa dal fondo, che anzi è una qualità del fondo, o, per meglio dire, il fondo iſteſso col correr degli anni accreſciuto: ſeguentemente è della ſteſsa natura del fondo. Queſta idea ce ne han laſciata ne' Libri del jus civile gli antichi Giuriſconſulti, appreſso
12 i quali è ſcritto (*b*), che ſe l'eſtimazion del fondo legato, dopo il teſtamento per alluvione, o per altra cauſa ſi accreſce, quell'aumento al legatario è dovuto. Che ſe al legatario altro non ſi dee, che 'l fondo, perchè 'l fondo, e non altro gli fu laſciato, e contuttociò gli ſi deve ancora quell'aumento; neceſsariamente ne ſegue, eſser quell'aumento divenuto parte del fondo, e della ſteſsa natura del fondo. Non altrimenti è da di-

re

(a) *Inſt. lib. 3. tit. de empt. & vend. §. item 3.*

(b) *L. quod in rerum 24. §. 2. de legat. 1., L. ſaepe 16. de leg. 3.*

re dell'aumento di un feudo, e non altrimenti ne scrissero i maestri del jus feudale, e nominatamente due de' nostri, Matteo degli Afflitti, e 'l Reggente Moles. Propongono essi il dubbio, se gli aumenti, che ha 'l 13
feudo ricevuti, spettino, in caso di devoluzione, all' erede ne' burgensatici, od al R. Fisco. Distinguono amendue gli aumenti dipendenti dal fatto dell' uomo, e gli aumenti dipendenti dalla natura, tra' quali è l' aumento del tempo. Danno i primi all' erede ne' burgensatici: danno i secondi al R. Fisco: e la ragione, che per rispetto de' secondi aumenti e' recano in favor del Fisco, è questa, perchè sono della stessa natura del feudo, anzi sono il feudo istesso (*a*). Trascriverò solamente il luogo del Moles, perchè vi sono espressioni affacentissime al caso: *Haec omnia limitationem recipiunt, & intelligi debent, ut procedant in aedificiis, quae expensa, & industria hominis facta sunt* (ecco gli aumenti dipendenti dal fatto dell' uomo, e perciò spettanti all' erede ne' burgensatici) *secus in bis, quae a natura cum fundo feudali sunt unita, puta si rei feudali per alluvionem aliquid accrescit, vel EX TEMPORE fundus feudalis incrementum suscepit, nam tunc IDEM FUNDUS EST, & acquiritur, ac devolvitur eo jure, quo ipse fundus, per text. in L. adeo, §. 1. ff. de acquir. rer. dom. & L. si ego, §. idem ait, ff. de publiciana in rem. act.; & probat textus in cap. 1. §. si quis de manso, & §. rursus si de investitura feudi controversia fuerit, ubi Bald., & alii.* Dunque il maggior valore, che ha col volger degli anni acquistato il feudo di Siano, spetta tutto, come parte del feudo, alla sola

(a) Afflict. *de feud. tit. Hic finitur lex*, §. *si vassallus*, *num.* 4. & 8. Moles *decis. tit. de jure devolut. quaest.* 5. *num.* 32.

pupilla D. Liſabetta Maria de Luca, a cui ſola il feudo ſpetta.

Nè la pruova, che della qualità burgenſatica e dividua di coteſto maggior valore crede il Contraddittore di poter trarre dalla diviſione, che tra tutti i figli ſi fa del prezzo del feudo nuovo, è pruova, che vaglia. L'eſcludo io con tre riſpoſte. In primo luogo
14 non è vero, che coteſta dividuità del prezzo del feudo nuovo ſi legge ne' Libri del jus feudale: anzi è del tutto contraria a' principj della feudale giuriſprudenza. Primamente nacque nella mente d'Andrea d'Iſernia, e vi nacque per un error manifeſto: ed un manifeſto errore (tanto potè l'autorità di quel valentuomo) prevalſe, anche quando fu conoſciuto, nel foro. Il Montano, dopo di aver dottamente diſputato contra sì ſconcia opinione, ſcrive (*a*): *Opinio Andreae non eſt vera . . . . attamen ex auctoritate illius praeſcripta eſt conſuetudo ſic judicandi*: e prima di lui avea di eſſa ſcritto il Rovito (*b*): *Quantumvis eſſet fundata in errore juris manifeſto, tamen communis error facit jus, a quo propterea in futuris negotiis non eſt recedendum*. Ma chi non farà le maraviglie del Rovito, che dà sì cattivo conſiglio a' Giudici? Ne fece le maraviglie anche Altimari (*c*), cui furono, più che al Rovito, ignoti i principj della ſana giuriſprudenza. I buoni interpetri
15 del jus civile han già dimoſtrato, non eſſerci errore meno ſcuſabil, che queſto, poter l'errore far Legge: e l'ha, forſe meglio che altri, moſtrato il Fabro (*d*).

In

(a) *In L. Imperialem*, §. praeterea ducatus *de prob. feudi alien. per Frider.*

(b) *Deciſ.* 38. *num.* 2.

(c) *In cit. Deciſ.* 38.

(d) *In L. Barbarius* 3. *de offic. Praet.*

In ſecondo luogo, ſe burgenſatico è ſolamente il prez- 16
zo del feudo comprato dal comun padre, ed è dividuo tra' ſoli figli, non ſarà certamente burgenſatico il prezzo del feudo comprato dal fratello, nè ſarà dividuo tra' fratelli. Si sa, che l' eccezione conferma la regola 17
in contrario, e che nelle controverſie feudali, gli argomenti tratti dal ſimile, non vagliono, anche a giudizio dello ſteſſo Andrea d' Iſernia, appreſſo il Card. de Luca, che 'l ſegue (*a*). Di feudo comprato dal padre Andrea d' Iſernia parlò, nè per altra ragione volle, che ſe ne divideſſe il prezzo tra' figli, che per la falſa ra- 18
gione della collazione, la quale non ha luogo nella ſucceſſione de' laterali (*b*). Dunque, ſe l' error di colui dee valere per Legge, dovrà valere in que' preciſi termini, che colui usò, nè ſi potrà mai eſtendere dal feudo paterno al fraterno, e da' figli a' fratelli. Così lo ſteſſo Montano (*c*): *Quum opinio Andreae non ſit vera ex juris regulis, ſed tantum ex conſuetudine praeſcripta ob ejus auctoritatem ex capite collationis; ſic ſervabitur, prout praeſcripta eſt: praeſcripta eſt autem ex capite collationis: collatio autem non habet locum in ſucceſſione collateralium.* Da' tempi di Andrea d' Iſernia ſino ai tempi del 19
Rovito, i collaterali non oſarono mai di pretenderlo. La prima volta ne' tempi del Rovito il preteſe Zenobia Blaſia contr' Aleſſandro Gionata. Il S. Conſiglio a due Ruote, ſenza contradditto di alcuno, l'eſcluſe; e perchè non poteſſe altro collaterale pretenderlo nel tempo avvenire, profferì la ſentenza a modo di Legge: *Uniformiter judicavimus*, ſon parole del Rovito (*d*),

(a) *De feud. diſc. 7. num. 9.*
(b) *V.* Vinn. *tract. de collat. cap. 5.*
(c) *Num. 130.*
(d) *In cit. num. 2.*

hanc partem pretii non deberi in feudis novis in ſucceſſione lineae collateralis : & ne in futurum de ea dubitari contingat, concepimus verba decreti per verba generalia declaratoria juris dubii, quae propterea habere debent vim Legis in futuris negotiis. Verba decreti ſunt haec: Die 31. Octobris 1625. juſtis magnificis Conſiliariis duarum aularum, explicando meliorem deliberationem reſervatam in ſententia Sacri Conſilii lata ſub die 21. Junii proxime praeteriti, declaratum eſt, partem pretii erogati in emtionem bonorum feudalium de novo quaeſitorum non deberi in ſucceſſione lineae collateralis : & proinde Alexander Jonata abſolvatur ab impetitis per Zenobiam Blaſiam. In terzo luogo, ſebbene Andrea d' Iſernia aveſſe laſciato indeciſo il punto, ſe per riſpetto della quantità del prezzo attender ſi doveſſe il tempo della compera, o'l tempo della morte del padre, nondimeno quel comun uſo, che fece nel foro valer come Legge un errore, quell' uſo iſteſſo ancora fece, che ſi attendeſſe il primo tempo. Di coteſto comun uſo bella teſtimonianza ci rendono il de Marinis (*a*), e 'l Montano (*b*): e ſe ci è chi ſia vago di raccorre gli eſempj delle coſe giudicate così, ponga mente alle parole della teſtè traſcritta ſentenza del S. Conſiglio, che a modo di Legge ſi profferì: *partem pretii EROGATI IN EMTIONEM bonorum feudalium de novo quaeſitorum :* e molti, e molti altri ne troverà preſſo il Minadoo (*c*), Anna (*d*), e 'l Rodoerio (*e*). La coſa è tanto ſicura, che, avendo il Rodoerio, per far pompa del ſuo ingegno,

(a) *Reſolut. lib.* 1. *c.* 128. *pr.*
(b) *Num.* 131.
(c) *In reper. Conſt.* in aliquibus, *in rubr. num.* 30.
(d) *Sing.* 200.
(e) *Ad* de Marin. *cit. cap.* 128. *num.* 9.

gno, osato di sostenere il contrario, ebbe a chiedere scusa dell' ardimento, ch' e' prendea (*a*): *Neque de hoc redarguar, quasi audeam communem sententiam impugnare.* Chi poi faraffi ad esaminare i di lui argomenti, troverà, che sono mere sofisterie.

Dunque il solo prezzo separato dal corpo del feudo sarebbe stato, come burgensatico, materia di società. Ma su quel prezzo nè si volle di fatto contrarre società, nè potè per Legge volersi. Le società si contraggono per ritrarsene qualche frutto. Contraendosi sul prezzo separato dal corpo del feudo, non prima se ne sarebbe ritratto il disiato frutto, che si fosse il feudo venduto. Dunque, desiderando i fratelli de Luca il frutto della società, doveano fin dal tempo, che la contraevano, desiderare, che 'l più presto, che si potesse, crescesse il valor del feudo, e si vendesse: certamente dovean desiderare, che si vendesse prima della lor morte, non potendosi la società, per espressa disposizion di Legge (*b*), estendere oltre la vita de' soci. Or chiunque legge gl'istrumenti degli anni 1700, e 1701, chiaramente conoscerà l'impegno grandissimo, che avean coloro, che per maggior lustro della casa facesse un di loro acquisto di un feudo. E sarà poi verisimile, che nel tempo istesso ne desideraffero la vendita per voglia di vil guadagno? E, postochè tal fosse stata la volontà loro, sarebbe stata contraria alla Legge. Dipendea la vendita del feudo dal mero arbitrio di quel fratello, che ne avea l'utile dominio acquistato, e morto lui senza venderlo, dal mero arbitrio dell'erede. Sarebbesi dunque contratta una società sopra cosa, la cui esistenza dipendea dall'arbitrio di uno de' soci, ed una società 21

di

(a) *Num.* 10.

(b) *L. 1. pr. & L. adeo 59. ff. pro soc.*

di tempo indefinito, la quale non si estinguesse per la morte de' socj, e passasse agli eredi: le quali cose sono
22 dalle Leggi espressamente vietate: *Societas*, così leggo in un luogo del giurisconsulto Paolo (*a*), *coiri potest in perpetuum, id est, dum vivunt*: leggo ancora in un altro (*b*): *Nulla societatis in aeternum coitio est*: ed in un luogo di Pomponio leggo (*c*): *Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres etiam succedat societati.*

Ma non doveva io tanto brigarmi della differenza tra'l prezzo considerato come unito al corpo, e'l prezzo considerato come separato dal corpo del feudo, e della diversa qualità dell'uno, e dell'altro. In qualunque ipotesi, contraria alle Leggi è la pretesa società. Vuole il Contraddittore, che sull'aumento del tempo sia caduta la società? Gliel concedo. Vuole, che l'aumento del tempo sia burgensatico? Gli si conceda. Vuole, che sia burgensatico anche il corpo del feudo? Tanto non osa; e se l'osasse, io gliel concederei ancora. Si finga almeno, che si tratti dell'aumento, che abbia un allodio ricevuto dal tempo. In questa ipotesi io dico (e'l dico con sicurezza) che cotesto aumento spetta tutto alla sola figlia, ed erede di D. Giacomo de Luca: ed ecco come il dimostro.

23 L'aumento del tempo segue il dominio, nè per altro titolo si può pretendere. Egli è questa una massima indubitata di Legge. Triboniano, parlando del
24 valore de' beni ereditarj per la deduzione, che dai legati dee farsi della falcidia, dice (*d*), esser da attendere

(a) *L.* 1. *pr. ff. pro socio.*
(b) *L. nulla* 70. *ff. eod.*
(c) *L. adeo* 59. *ff. eod.*
(d) *L.* 2. *Inst. tit. de Lege Falcid.* §. 3.

dere il valore del tempo della morte del teſtatore: e 'l giuriſconſulto Meciano ſcrive (*a*), che le diminuzioni, e gli aumenti naturali del tempo ſeguente, tornan tutti in danno, ed in pro dell'erede, non per altra ragione, ſe non perchè le diminuzioni, e gli aumenti ſeguono il dominio, che dal dì della morte del teſtatore all' erede ſi acquiſta: e 'l giuriſconſulto Pomponio, parlando 25
di un legato laſciato ad uno coll' obbligo di reſtituirlo
ad altrui, ma di un legato di corpo certo, il cui do- 26
minio, morto il teſtatore, paſſa per poteſtà di Legge nel legatario (*b*), non di quantità, la quale non altrimenti al legatario ſi acquiſta, che quando l'erede gliela dà; dice, che ſe quel corpo acquiſta per alluvione, o per altra ſimigliante cauſa maggior valore, che non avea nel tempo, che 'l teſtator ne diſpoſe, ſi appartiene quell'aumento al legatario, e ſucceſſivamente al fedecommeſſario, che ha su quel corpo diritto di proprietà, non all'erede (*c*): *Saepe legatum plenius reſtituitur fideicommiſſario, quam eſſet relictum: veluti ſi alluvione ager auctus eſſet, vel etiam inſulae natae:* dove quel *ſaepe* è da riferirſi ai legati de' corpi certi, ſecondochè ſi è detto. Lo ſteſſo in due altri luoghi delle Pandette lo ſteſſo Pomponio inſegna (*d*). E ciò molto più deve aver luogo nell'acquiſto, che ſieſi fatto di un fondo per titolo di compera, della quale nella preſente cauſa ſi tratta, poichè 'l contratto della compera 27
queſto ha di proprio, che anche prima della tradizione; vale a dire, prima della traslazion del dominio, il

(a) *L. in ratione* 30. *ad L. Falcid.*
(b) *L. a Titio* 64. *ff. de furt.*
(c) *L. ſaepe* 16. *de leg.* 3.
(d) *L. ſi ex toto* 8. *pr.*, *& L. quod in rerum* 24. §. 2. *de leg.* 1.

il pericolo, e 'l comodo della cosa comprata al comprator si appartiene (*a*). Dovrebbon dunque le due sorelle de Luca provare, che, comperandosi un fondo con danaro comune a più, se ne acquistì a tutti il dominio: così potrebbe pretendersi indotta per Legge una tacita società sul maggior valore, che avesse il fondo acquistato col tempo.

28 Questo appunto in questa causa si pretese la prima volta, che si trattò, per un rescritto degl' Imperadori Diocleziano, e Massimiano, ch'è questo (*b*): *Quum proponas, te praedium, conjuncto dominio cum patrono tuo comparasse, in possessionemque tam te, quam ipsum inductum, juris ratio effecit, ut dominium fundi ad utrumque pertineat. Sane, quia pretium a te solo numeratum, & solemnibus penitationibus, cessante socio, satisfactum esse dicis, judicio societatis id, quod eo nomine praestari oportuerit, consequeris.* A questo imperial rescritto si
29 aggiunse un' autorità di Anton Perezio, il quale, ponendo quel rescritto, dice (*c*), che non è necessario per contrarsi la società, che 'l consenso si esprima con parole, od in iscritto; ma può bastare talvolta il solo fatto: ed ecco l'esempio, che ne reca: *Re ipsa tacite hic consensus etiam exprimitur, ut si duo eamdem rem communiter & simul emerint, & non convenerit expressim inter eos, ut res communicetur, tacito quodam consensu dicitur contracta esse societas, L. 2. b. t.: quo casu, etiamsi unus rei emtae pretium, & tributa in solidum solverit, id pro dimidia parte ab altero recuperabit judicio societatis.*

30 Ma doveva il lor Difensore por mente a quel, *te con-*

(a) *Lib. 3. Inst. tit. de emtione, §. 4.*
(b) *In L. quum proponas 2. C. pro socio.*
(c) *In cit. tit. Cod. num. 2.*

conjuncto dominio cum patrono tuo del reſcritto, ed a quel, *duo communiter, & ſimul emerint* del Perezio. Se vi aveſſe poſto mente, avrebbe conoſciuto, che per que' luoghi medeſimi, ch'ei citava, gli ſi dovea decider contro la cauſa. Due caſi ſono quì da diſtinguere. L'uno è, quando due, o più comperano la ſteſſa coſa col danaro comune, e nel comune lor nome; cioè, per acquiſtarne tutti la proprietà: ch'è 'l *conjuncto dominio* del reſcritto, e 'l *communiter, & ſimul emerint* del Perezio: l'altro è, quando ſol uno compera, ed a ſuo ſolo nome, ſebbene col danaro comune. Nel primo caſo, acquiſtan tutti il dominio: e chiariſſima n'è la ragione. Comperando eſſi il fondo nel comun nome, già moſtrano di volerlo tutti acquiſtare; e, contraendo il venditore con più, moſtra anch'eſſo di volerlo trasferire in tutti. Nel ſecondo caſo, per la contraria ragione, acquiſta il dominio ſolamente colui, che compera a ſuo nome, ſalva reſtando a coloro, cui è comune il danaro, la ſemplice ragion di credito per quelle ſole, e certe quantità, che gli diedero nel tempo della compera. Del primo caſo parlano gl'Imperadori, e 'l Perezio; ma non è quello il caſo, in cui ſiamo. Il caſo noſtro è 'l ſecondo. Col Duca D. Ettore Capecelatro, da cui ſi fece la prima vendita del feudo di Siano, ſolo, ed a ſuo nome contraſſe D. Franceſco nell' anno 1700: ſolo, ed a ſuo nome contraſſe ancora D. Giacomo col Duca D. Carlo figlio, ed erede del Duca D. Ettore nell' anno 1736: ed eraſi convenuto così tra' fratelli de Luca, come nel principio, e nel Capo I. di queſta Scrittura ſi è detto. Sieno ora interpetri del reſcritto di Diocleziano, e Maſſimiano i medeſimi Imperadori, e del luogo del Perezio il Perezio iſteſſo. In un altro reſcritto di quegl'Imperadori ſi legge (a): *Si patruus tuus* 31

(a) *L. ſi patruus 4. C. comm. utriuſq. jud.*

ex communibus bonis res comparavit, sibi negotium gerens, non omnium bonorum socius constitutus, pro competentium portionum modo indemnitati tuae consuli oportet: & ideo rem emtam communicare eum contra juris formam postulas. Perchè 'l patruo ha col danaro comune comperata la roba, *sibi negotium gerens*; vale a dire, a suo nome, e per se solo, non può 'l nipote pretendere, che colui la ponga in comune, *rem emtam communicare eum contra juris formam postulat*: ed ecco escluſa la società sulla roba, che si è comprata: solamente ha diritto di chiedere la *porzione competente*; cioè, la rata del prezzo del tempo della compera, non del maggior valore, che abbia in appresso acquistata la roba: e 'l dotto Gisanio il notò (*a*): *Ait Lex, rem a patruo socio fratris filii emtam ex bonis omnibus, socio, inquam, non omnium bonorum, non esse communicandam, sed pecuniam, QUA EMTA FUIT, pro competente actione posse peti a fratris filio*: ed ecco ancora escluſa la società sul maggior valore dalla roba acquistato. Più chiaramente in
32 un'altro loro reſcritto si dice (*b*): *Quum de rebus communibus fratrem patruelem tuum quaedam comparasse contendas, de tua pecunia hunc conveniendo, facies consultius; nam in rem de rebus ab eo comparatis, tibi contra eum petitio non competit.* Quel, *de tua pecunia*, certamente significa la rata del prezzo del tempo della compera, nè può spiegarsi altrimenti. Che se ci è chi ne dubiti ancora, di qualunque dubbio può trarlo quello stesso Anton Perezio, il qual parea, che avesse insegnato il contrario. Sponendo egli i soprarrecati tre reſcritti di Diocleziano, e Massimiano, meglio, che altri, cotesti due casi distingue così (*c*): *Res vero, quas quis ex communi*

(a) *In cit. L.* 4.
(b) *L. qui aliena* 8. *C. si quis alteri, vel sibi.*
(c) *In tit. C. comm. utriusq. judic. num.* 2.

ni pecunia SUO NOMINE emit, in utrumque judicium (familiae erciscundae, & communi dividundo) non veniunt, quia non sunt communes, sed propriae emtoris, qui suo nomine emit, negotiumque exercuit, L. 4. h. t. Quod si communi nomine res illas emeret, fierent communes, L. 3. & pen. C. si quis alteri, vel sibi. Consulitur tamen hoc casu alteri socio AD PARTEM PECUNIAE, QUA RES EMTAE FUERUNT, utroque judicio, aut actione pro socio pro diversitate societatis, aut communionis, d. L. 4. & d. L. pen. Ed è ciò vero anche nel caso, che 'l danaro, onde taluno compera a suo nome, sia tutto di altrui: *Qui aliena pecunia comparat*, son parole de' medesimi Imperadori (a), *non ei, cujus numi fuerunt, sed sibi tam actionem emti, quam dominium, si ei fuerit, tradita possessio, quaerit.* 33

Or se nella ipotesi di un allodio, il cui dominio può acquistarsi da più, se si compera da un solo, ed a solo suo nome, a lui solamente si acquista, tuttochè 'l danaro sia comune a più, senzachè tra coloro, cui comune è 'l danaro, s'induca alcuna tacita società sul prezzo di esso; come s'indurrà poi nel caso di un feudo del diritto de' Franchi, secondo cui non può acquistarsi, che ad un solo? Ed ora si torni a quel testo feudale, che si è trascritto nel I. Capo di questa Scrittura (b). Parlasi quivi di feudo dividuo, e nel secondo caso, che vi si propone, trattasi di feudo comprato con danaro comune a due fratelli, e nel comune lor nome, in modo però, che nota al Principe non era, come ben riflette Andrea d' Isernia, la convenzion fatta tra' fratelli di comperare a nome comune: e pure al fratello, che a- 34

(a) *In cit. L.* 8.

(b) *Cap.* si duo fratres, *De fratrib. de novo benef. invest.*

vea data parte del danaro coll'espressa convenzione, che s'intendesse comprato il feudo anche a suo comodo; altro non si dà, che la rata, ch'e' diè, del primo invariabil prezzo del tempo dell'acquisto: e nel caso poi di un feudo individuo, e di un feudo comprato a nome di un sol fratello, il cui solo nome si mentova nell'investitura, ci è l'ardimento di pretendere, che gli altri fratelli, i quali gli diedero parte del danaro, onde il feudo si comperò, debbano, oltre le rate loro spettanti del primo prezzo, partecipare ancora di quel maggior valore, che ha 'l feudo col correr degli anni acquistato! Pretensione più strana non si è mai a ricordo d'uomo promossa nel foro.

Resta l'ultimo argomento, contra cui non ci è scampo. Appoggiasi in due saldissimi principj di Romana giurisprudenza. Il primo è questo. La società si con-
35 trae sulle robe, che o nel tempo del contratto sono già nel nostro patrimonio (*a*), o possono esservi nel tempo avvenire: e queste non prima soggiacciono alla società, che sieno già ne' nostri beni (*b*). Il secondo è que-
36 sto. Per la morte di uno de' soci non solo si scioglie la società tra' soci superstiti, e 'l socio defunto, onde al costui erede non passa; ma si scioglie ancora tra' sopravviventi: è ben bella è la ragione, che Triboniano ne reca (*c*): *quia qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit*; volendo dire, che può bene accadere, che i sopravviventi si fossero indotti a contrarre la società per la opinione, che avean di colui, ch'è morto, e per la fede, che aveano in lui. Or posto quel primo legal

(a) *L.* 1. §. 1. *ff. pro socio.*

(b) *L. ea vero* 3. §. 1. *&* 2., *L. coiri* 7., *& L.* 8. *&* 9. *ff. eod.*

(c) *Lib.* 3. *Inst. tit.* 26. *de societ.* §. 5.

legal principio, non potè per Legge esservi società tra' fratelli de Luca dall'anno 1700. sino all'anno 1736; poichè non essendosi, come si è detto, per tutto quel tempo impetrato sulla compera del feudo il Reg. assenso; anzi, essendosene espressamente rivocata la vendita, n'ebbe D. Francesco, e dopo di lui, D. Giacomo la semplice tenuta consistente nella nuda percezion de' frutti, senzachè diritto alcuno potesse pretendere sul corpo, e sul valore del feudo, che appartenean si al Duca D. Ettore, ed al costui erede D. Carlo. Sarebbe dunque caduta la società sulla roba di altrui. Avrebbe potuto cominciare, se non l'avesser vietato altre Leggi, nell'anno 1736; ma, posto il secondo principio legale, sarebbe durata sino all'anno 1745, in cui D. Antonio, uno de' tre pretesi soci, morì: quel D. Antonio, al quale, per la opinione, che avea si di lui, fu data nell'istrumento del dì 4. del mese di Maggio l'amministrazione delle comuni rendite con ampliſſime facoltà. Dunque ridurrebbesi la pretensione delle due sorelle de Luca alla rata del maggior valore, che acquistò forse il feudo di Siano nello spazio di quegli otto anni. Ma dovrebbero esse far due pruove, l'una, che di fatto in quegli otto anni ne crebbe il valore: l'altra, che tanto crebbe, e non meno. La prima non è agevole, poichè fu quel feudo nell'anno 1736. venduto per quel medesimo prezzo, per cui si era venduto nell'anno 1700; onde se pe' primi 36. anni di questo secolo non n'era cresciuto il valore, riesce duro ad intendere, come fosse poi cresciuto ne' seguenti anni otto. La seconda è una pruova pressochè disperata.

Ed ecco, che si è chiaramente mostrato, che da' fratelli de Luca nè si volle di fatto, nè si potè per Legge contrarre società sul prezzo del feudo di Siano: onde spera la pupilla D. Lisabetta Maria de Luca Baro-

nessa

neſsa di Siano, che abbia il S. C. a rivocare la ſua ſentenza del dì 11. del meſe di Luglio dell'anno 1761.

Di Mergellina nel dì 21. del meſe di Agoſto dell' anno 1766.

Pe' Mercatanti Liquier, Palomba, e Felice contr' a' Fratelli Panſa di Amalfi.

ARGOMENTO.

I. Della pruova della ſimulazione della donazione.
II. Della univerſal comunione tra' fratelli: de' requiſiti, per cui ſi preſume, e degli effetti di eſſa.

SOMMARIO.

1 *QUali coſe vengan compreſe ſotto la parola* vitto.
2 *Ne' giudizj di ſimulazione, principalmente aſſi a por mente alla cauſa: talvolta baſta por mente agli effetti.*
3 *La pruova della ſimulazione della donazione, trattandoſi tra donante, e donatario, deve eſſer concludentiſſima: trattandoſi tra'l donante, o'l donatario, ed un terzo, baſta la congetturale.*
4 *La donazione preſumeſi falſa, e vie più ſimulata, ſe per guari tempo ſiaſi tenuta celata, e troppo tardi ſiaſi data fuori.*
5 *Il donatario univerſale tiene il luogo di erede: ed in quali caſi non è tenuto di pagare i debiti dal donante contratti dopo la donazione.*

6 *L'uni-*

6 *L'universal società tra fratelli facilmente si presume; e quali ne sieno i requisiti, e le pruove di essi:* Ved. il num. seg.

8 *Posta l'universal comunione tra' fratelli, comuni divengono i lucri, e i debiti fatti da quel solo fratello, che ha contrattato.*

9 *Valido è 'l patto, onde uno de' socj debba partecipar del lucro, senza partecipar del danno.*

10 *Quale sia il contratto misto del contratto della società, e del contratto dell'assecurazione: e se ripugni all'equità naturale, ed al costume delle nazioni.*

11 *De' requisiti necessarj a potere obbligare tutti i socj.*

12 *Anche nel caso, che 'l socio contraente abbia fatto abuso del danaro, e della roba, sono tenuti tutti i socj.*

ALLEGAZIONE II.

L'Arcidiacono D. Francesco Pansa negli anni 58, e 59. del discorrente secolo si dichiarò debitore in sei polize bancali degli onestissimi mercadanti Liquier, Palomba, e Felice nella somma di duc. 19389. 73 *per valore di pannine*, che gli si eran da coloro vendute. Dal Supremo Magistrato di Commercio si è creduto, che, sebbene dal solo Arcidiacono sieno sottoscritte le polize, sia cotesto un debito non di lui solo, ma di tutti i di lui fratelli di Amalfi in virtù di società tra essi contratta: onde nel dì 16. del mese di Giugno dell'anno 1762. dal dottissimo Sign. Consigliere Commess. D. Antonio Spinelli, *tenuto colloquio con gli altri Signori Consiglieri*, si sottoposero a sequestro, per cautela de' creditori, *once* 2333. dovute a' fratelli di Pansa di Amalfi da' lor cugini Pansa di Catania, e *tutti gli effetti* de' suddetti fratelli di Amalfi *per la concorrente quantità del credito*. Il sequestro si eseguì. Fu poi quel decreto

nel

nel dì 14. del mese di Luglio confermato in grado di *reclamazione*. Ma nel dì 21. del mese di Novembre si produssero da' fratelli Pansa tre capi di *nullità* non sottoscritte da Avvocato, cosa a ricordo d' uomo non ancora accaduta. In essi si dice, che 'l debito è tutto proprio dell' Arcidiacono D. Francesco: che costui non ha propria roba, perchè l' avea prima di contrarre il debito tutta donata a D. Tommaso suo fratello: e che non ci è tra' fratelli Pansa alcuna società. A cotesti tre capi di *nullità* si è dal mio dotto Collega convenevolmente risposto in una sua Scrittura del dì 25. dell' anno 1763. Le nuove cose allegate in pro de' fratelli Pansa dal nuovo sottilissimo lor Difensore, han data l' occasione a questa mia nuova Scrittura.

D. Geronimo Pansa legò nel suo ultimo testamento all' Arcidiacono suo nipote duc. 1000, que' medesimi, ch' esso Arcidiacono si riservò nella donazion, che poi fece di tutti i suoi beni presenti, e futuri a D. Tommaso suo fratello. Non è dunque da dubitare, che per la concorrente quantità di duc. 1000. propri dell' Arcidiacono dee restar fermo il sequestro.

Oltre a ciò, la suddetta donazione dall' Arcidiacono si fece sotto l' espressa condizione, che dovesse D. Tommaso *somministrargli il vitto*. Dunque dovrà parimente restar fermo il sequestro per quella quantità, che secondo la condizione, e le facoltà di Casa Pansa può 'l giusto arbitrio del Giudice tassare a tal uso. Nè 'l vitto
1 a poche cose restringesi: *Verbo victus*, scrive Ulpiano (*a*): *continentur, quae esui, potuique, cultuique corporis, quaeque ad vivendum homini necessaria sunt. Vestem quoque victus habere vicem, Labeo ait*. Soggiunge Triboniano sotto il nome del giurisconsulto Cajo (*b*): *Et cetera, quibus*

(a) *In L. 43. de verb. sign.*
(b) *In L. 44. eod.*

quibus tuendi, curandique corporis nostri gratia utimur, ea appellatione significantur.

Ma dee restar fermo ancora sopra tutta la roba, che l'Arcidiacono a D. Tommaso donò, perchè simulata fu quella donazione: ed eccone gli argomenti. Morto Andrea l'anno 1757. tutti i fratelli Pansa di Amalfi, e tra essi l'Arcidiacono, e D. Tommaso, fan procuratore D. Luca Criscuolo, perchè gli faccia dichiarare eredi *ab intestato* del comune lor padre. Or se avea l'Arcidiacono donata nominatamente la parte, che gli sarebbe spettata della paterna eredità, come si fa poi dichiarare erede del padre? E D. Tommaso, cui donata l'avea, come sel vede, e tace? Oltre a ciò, ad un istrumento dell'anno 1760, in cui da' fratelli Pansa di Amalfi si rendono ai lor cugini di Catania i conti delle rendite ereditarie di Andrea interviene l'Arcidiacono non solo come procuratore de' suoi fratelli, e nominatamente di D. Tommaso, ma ancora *nomine proprio, & principaliter, tanquam filius, & coheres universalis d.q. Andreae.* Posta la donazion fatta a D. Tommaso della quota ereditaria di Andrea, col solo carattere di procuratore del donatario intervenir doveva a quell'atto, non a proprio, e principal nome, e col carattere di coerede: nè dovea D. Tommaso portarlo in pace.

Ma gli argomenti più chiari di cotesta simulazione, a mio giudizio, si traggono dal gran mercatantare, che l'Arcidiacono fece dopo di quella donazione. Costa di ciò per molte lettere, che sono negli atti, e potrebbe anche meglio costare per altre, che ne potrei produrre; ma poichè dall'anno 1747. fino all'anno 1755. fu l'Arcidiacono amministrator generale della Casa di Catania, e mi si potrebbe rispondere, ch'e' mercatantava in quel tempo col danaro, ed a nome di altrui, sceglierò le sole lettere di quel tempo, in cui era quel-

la amministrazione del tutto ceſſata. Nel dì 27. del meſe di Marzo dell' anno 1756. ſcrive D. Simone d' Amato a Giacomantonio Gaudioſo in Terranova, che *ſecondo gli ordini ricevuti da D. Franceſco Panſa di Catania aveva per ſuo conto data la ſomma di duc.* 300. *a D. Aleſſio di Mauro per le cantara* 200. *cenere di Soda.* Nel dì 29. del meſe di Decembre dell' anno 1759. D. Tommaſo Panſa ſcrive lettera a D. Pietrantonio Caccia in Meſſina, ove dice di *avergli avanzata cambiale di ſcudi* 168. 16. *di tarì* 12. *lo ſcudo:* indi il prega, che *di ſubito benignamente l' accetti, e di ſubito ne dia avviſo al fratello D. Franceſco* (ch' è l' Arcidiacono) *in Catania, acciocchè poſſa penſare di rimettergli l' equivalente.* Al medeſimo Caccia ſcrive da Catania l' Arcidiacono nel dì 18. del meſe di Gennajo dell' anno 1760., e dopo di avergli rendute le grazie dell' avere accettata la cambiale di D. Tommaſo ſuo fratello, dice: *Non occorre rivalervene; perchè vi manderò io il rimborſo colla ventura.* Nel dì 24. dell' anno 1761. ſcrive D. Tommaſo Panſa al ſuddetto Caccia, che *per ordine avuto dall' Arcidiacono ſuo fratello gli avanza due cambiali, l' una di ſcudi* 339. 8. 8., *l' altra di ſcudi* 169. 10. 4. *di tarì* 12. *lo ſcudo:* indi il prega, che *in un ſubito l' accetti con ſentirſela poi col detto ſuo fratello.* Ecco, che l' Arcidiacono, dopo di avere a D. Tommaſo donati tutti i ſuoi beni preſenti, e futuri, fa 'l pubblico mercatante, facendo acquiſti di merci, e pagando conſiderevoli ſomme. E donde venivagli tanto danaro, ſe di tutta ſua roba avea già fatto dono al fratello? Io quì mi ſento entrar nell' animo un mal ſoſpetto dell' Arcidiacono, e di qualche altro ancora de' fratelli di Panſa. Forſe quella donazione ſi fece, perchè l' Arcidiacono, uomo nato, anzi fatto alla mercatura, più liberamente, e con minor riſchio l' eſercitaſſe. L' ordine Ecclaſia-

eſeſiaſtico, a cui era aſcritto, ſe non baſtava a difendere contra' a'creditori la ſua perſona, certamente più riſpettabile la rendea: la donazion fatta al fratello faceà ſalva la roba. Forſe io m'inganno ſoſpettando così; ma le pruove, che di ſe ci ha date l' Arcidiacono, mi fan credere, ch'io non m'inganno. La mercatura non è un' arte, che faccia onore ad un Arcidiacono. Secondo i Canoni, d'un Arcidiacono mercatante è da preſumere il peggio. L' aveſſe almeno eſercitata con buona fede, come tanti laici l' eſercitano. Dopo di avere indotti gli oneſtiſſimi miei Clienti a dargli una gran quantità di *pannine* del valore di duc. 19389. 73. dopo di aver dichiarato nelle polize di averle ricevute *con intera ſua ſoddisfazione*: dopo di avere con giuramento rinunziato alla prevenzione, e con un altro giuramento promeſſo di pagarne ne' tempi preſcritti il collo, ricorre alla Nunziatura, e prendendo a giuoco il ſacro orrore de' giuramenti, nel dì 21. del meſe di Luglio dell' anno 1760. previene le polize, e nega audaciſſimamente il debito. Coteſte belle memorie ci laſcia d' interezza, e di fede, e pare. E dove va egli? In Roma. Ed a che? Ad ambire (chi 'l crederebbe?) il Veſcovato di Minori. Per un bel tratto della Divina provvidenza ſono capitate nelle mani de' miei clienti alcune lettere ſcritte di Roma al fratel D. Tommaſo circa 'l trattato della rinunzia di quel Veſcovato. In una del dì 22. del meſe di Maggio dell' anno 1761, dopo di aver parlato de' ſegni di onore, con cui l' accolſe quel buon Veſcovo, che sì poco il conoſcea, dice: *Fuſſimo alle ſtrette, e mi giurò per la Croce, che aveva in petto, non aver mai voluto aderire a d. rinunzia, ma per me la farebbe*. E de' poveri creditori, che dice? In una del dì 26. del ſuddetto meſe impone a D. Tommaſo, che gli ſappia tenere a bada. In un' altra del dì 29. gl' impone, che

dia loro ad intendere, ch' e' ſi era portato in Sicilia per riſcuotere groſſe ſomme da' ſuoi debitori: e perchè più facilmente i deluſi miei Clienti ſel credano, ſcrive lettere dirette loro, e finge di ſcriverle da varj luoghi della Sicilia, e le manda acchiuſe al fratel D. Tommaſo: e perchè 'l *bollo* della poſta di Roma non diſcopra la frode; impone al ſuo D. Tommaſo, che trovi quì perſona, la quale su vi *faccia il bollo in ſtampiglia roſſo di Meſſina*. E D. Tommaſo, che fa? Fedelmente eſegue gli ordini onoratiſſimi dell' Arcidiacono. Delle lettere, che coſtui gli ſcrive, altre a' miei Clienti ne moſtra, altre lor ne conſegna (e ſono negli atti) e di ciò non contento, promette loro mari, e monti per ottenere dilazioni. La coſa, quandochè mancaſſe ogni altra eſtrinſeca pruova, è tanto veriſimile, che nulla più. Ma ne fanno ancora pieniſſima pruova le lettere dell' Arcidiacono da lui conſegnate a' miei Clienti, e le giurate atteſtazioni di Luca de Sio Regio Mezzano, e di altri. Gli atti ſuſſeguenti la donazione, il mal talento del donante, e del donatario, e le arti da loro uſate d' accordo per deludere i miei Clienti, ſono grandiſſimi argomenti di ſimulazione, e fan chiaramente conoſcere, che la donazione non per altra cauſa ſi fece, che
2 per far frode a' creditori. Io ſo, che ne' giudizj di ſimulazione principalmente ſi dee por mente alla cauſa; ma ſo ancora, che non è così neceſſaria la pruova, che non baſti talvolta por mente agli effetti, da' quali ſovente ſi riſale alla cauſa. E ſi vuol quì parimente notare, eſſe-
3 re da por differenza tra 'l caſo, che della ſimulazione ſi tratti tra 'l donante, e 'l donatario, e 'l caſo, che ſe ne tratti tra 'l donante, o 'l donatario, ed un terzo, cui per la donazione ſi faccia alcun pregiudizio. Nel primo caſo, venendo il donante contr' al proprio fatto, ed allegando la propria turpitudine, è giuſto, che più rigoroſamente

ſamente procedaſi, e ſi faccia della ſimulazione una concludentiſſima pruova: nel ſecondo caſo, baſtano ancora le leggiere congetture. Queſta è dottrina ricevutiſſima ſenza contraddetto d'alcuno: onde traſcriverò quì, per non farla lunga, un luogo ſolo del Card. de Luca (*a*): *Non quod cauſſa ſimulationis ad id praeciſe neceſſaria ſit, quoniam data ſufficienti probatione ſimulationis, talis defectus negligitur, ſed ad effectum regulandi arbitrium prodicta probatione, quae, concurrente veriſimili cauſſa, levior, ac imperfecta ſufficit: ea vero deficiente, major, magiſque perfecta deſideratur, juxta diſtinctionem, quam hodie frequentem, ac vulgarem habemus, juris diſpoſitioni, ac rationi bene innixam. Advertebam quoque in propoſito hujuſmodi probationis, ac arbitrii regulandi, nimium referre, an de ſimulatione agatur principaliter inter ipſos donatorem, & donatarium, vel habentes cauſſam ab eis pro nullitate actus; vel ubi de hac ageretur incidenter cum tertio ad ſolum effectum evitandi praejudicium, quod huic reſultet; primo etenim caſu ſtrictius, ac rigoroſius proceditur, quum ſit impugnare factum proprium, propriamque turpitudinem allegare: ideoque non de facili debet quis admitti ad allegandum proprium, vel proprii auctoris mendacium, ſecus autem in altero.* Ma tuttochè ſiamo noi nel ſecondo caſo, ſono sì veementi le congetture, che dovrebbon baſtare, quando ancor foſſimo nel primo. E pure non tutte ſi ſon propoſte. Eccone un'altra tratta dal tempo, in cui è primamente venuta fuori coteſta donazione. Dovea venir fuori, quando, morto Andrea, coſtituirono i figli, e tra eſſi l'Arcidiacono, e D. Tommaſo, il procuratore a chiedere il preambolo *ex aequis partibus:* ed allora ſi tenne celata, come ſe non ſi foſſe mai fatta. Ora vien fuori per deludere i creditori. La con-

(a) *De donat. diſc.* 59. *num.* 4. & 5.

4 congettura tratta da cotesta circostanza di tempo, potrebbe bastare a farla credere anche falsa (*a*): molto più dee bastare a farla credere simulata.

Se non che non era uopo, che io tanto di ciò mi brigassi. Si dia al Contraddittore, che non fu simulata la donazione. Anche in tal caso dee rimaner fermo il
5 sequestro sopra tutta la roba donata. Si sa, che 'l donatario universale tiene il luogo di erede (*b*). Con tutto ciò, non sempre è tenuto di pagare i debiti dal donante contratti dopo la donazione; ma nel solo caso, che gli abbia contratti per negozj, che poteano esser lucrosi; poichè dovendo in virtù della donazione universale il lucro sperato esser del donatario, la natural ragione della ugualianza richiede, che suo sia il danno, che n'è venuto, per la concorrente quantità della roba donata. Così da' Dottori comunemente s'insegna, e nominatamente dal giudiziosissimo Card. de Luca (*c*), il cui bel luogo si è dal mio Collega trascritto nella soprammentovata Scrittura. Or si è già mostrato, che l'Arcidiacono, fatta al fratel D. Tommaso la donazion de' beni presenti, e futuri, si pose a fare il pubblico mercatante: e che per mercatantare contrasse i debiti: nè si può dubitare, che se lucro ne avesse ritratto, sarebbe al donatario spettato.

Ma dee restar fermo il sequestro sopra tutta la roba di tutti i fratelli Pansa di Amalfi in virtù della società di tutti i beni, ch' era nel tempo delle polize bancali, ed è ancora tra essi. Perchè ciò meglio s'intenda, è da premettere, che da Geronimo Pansa nacquero Andrea, e Domenico. Stabilì costui la sua sede in

(a) De Luca *de donat. disc.* 74. *num.* 15.
(b) *L. mulier 72. de jur. dot.*
(c) *De donat. disc. 46. num. 6. & 7.*

in Catania, ove aprì bottega di panni, e di sete: stabilì colui la sua sede in Amalfi; ma non vennero mai a divisione de' beni paterni. Da Domenico di Catania sono nati Geronimo, Antonio, Simone, e Gregorio: da Andrea d'Amalfi sono nati l'Arcidiacono, D. Francesco, il Canonico D. Geronimo, il Dottor D. Tommaso, e'l Prete D. Filippo. Or costoro quattro figli d' Andrea, fattisi dichiarare in comune eredi del padre, non sono venuti mai a division de' beni, ed a rendimento di conti, ed han sempre coabitato sotto il medesimo tetto. Della division de' beni non ci è pruova negli atti: anzi la contraria pruova si trae dal sopraccitato istrumento dell'anno 1760. Quivi l' Arcidiacono a suo nome, ed a nome de' suoi fratelli dà conto a' figli di Domenico suoi cugini della porzione spettante loro delle rendite de' beni di Geronimo, e ne dà loro il conto in modo, che ci fa chiaramente conoscere, che la porzione a lui, ed a' suoi fratelli spettante possedeasi da lui, e da' suoi fratelli in comune, ed indivisa: espressamente poi dice, che tutti coabitavano insieme *nella parte superiore della casa di Amalfi*. Posto ciò, della tacita universal società tra' fratelli Pansa d' Amalfi, non è da dubitare in alcun modo. L' universale società tra fratelli, a giudizio de' Dottori, e spezialmente della Ruota Romana (a), *de facili praesumitur*: e la stessa Ruota Romana l'ha per contratta, concorrendo due requisiti; cioè, la coabitazione, e 'l possesso in comune della roba, senza che si sieno renduti mai conti (b): *Franciscus ab anno 1636. usque ad annum 1660. permansit in eadem domo cum dictis Petro, & Josepho, nec inter eos unquam intercessit aliqua computorum reddi-* 6

tio,

(a) *Recent. p. 17. decis. 27. num. 12.*
(b) *In tit. decis. num. 15.*

ditio, per quod infertur contracta univerſalis ſocietas:
7 So, che ci ſon Dottori, tra' quali è 'l noſtro de Roſa (*a*), che della coabitazione non tengon conto; ma non contenti del ſolo poſſeſſo in comune della roba, credono dover concorrere la comunione de' lucri, che ciaſcun fa, sì che ſia, com' eſſi dicono, una caſſa comune: ed io, tuttochè chiaramente conoſca, eſſer coteſta comunion di lucri una neceſſaria conſeguenza della coabitazione, e del poſſeſſo in comune della roba, pur voglio alla loro opinione attenermi, e dico, eſſerci nel caſo noſtro la pruova della comunion de' lucri. Naſce coteſta pruova da certi atti, che 'l citato de Roſa raccolſe nelle ſeguenti parole (*b*): *Conſtat, praedictos fratres continuo ſe de rebus ad negotium pertinentibus invicem certioraſſe, unum alteri praecepta, circa adminiſtrationem, mercium venditionem, nominum exactionem, aut ſolutionem creditoribus faciendam ſemper dediſſe: rurſus omnes promiſcue negotio incubuiſſe, alterum alterius negotia pertractaſſe, invicem ſe admonuiſſe circa ea, quae negotium concernebant: ex quibus ſocietas* (cioè la comunion de' lucri, di cui parla in quel luogo) *manifeſtiſſime deducitur*. E ſi noti la bella ragion, che ne reca, *alioquin fruſtra unus cum altero de his rebus tractaret, & rei, ad ſe non pertinenti, ſe ingereret*. Coteſti atti concorrono quaſi tutti nella cauſa preſente. Nel dì 29. del meſe di Decembre dell' anno 1759. ſcrive D. Tommaſo a D. Pietrantonio Caccia in Meſſina di avergli *avanzata cambiale* di ſcudi 168. 16: indi il prega, che *l' accetti, e ne dia ſubito avviſo all' Arcidiacono in Catania, acciocchè poſſa penſare di rimettergli l' equivalente*: Dello ſteſſo tenore ſono due altre lettere di D. Tom-

(a) *Conſult.* 8.
(b) *Conſult.* 8. *num.* 22.

Tommaso l'una del dì 23. del mese di Gennajo, l'altra del dì 28. del mese di Marzo dell'anno 1761. Torno ora alla cambiale, di cui nella prima lettera di D. Tommaso si parla. Accetta la cambiale il Caccia: e come l'Arcidiacono ne ha la notizia, gli scrive lettera nel dì 18. dell'anno 1760, in cui gli *rende distinte grazie dell'accettata*, e gli promette *il rimborso colla ventura*. In un'altra del dì 22. del mese di Novembre l'Arcidiacono prega il Caccia, che accetti un'altra cambiale di D. Tommaso suo fratello. Ecco, come l'uno s'interessa per l'altro. Nel dì 20. del mese di Decembre dell'anno 1760. scrive D. Tommaso a Caccia, che disgustosissima gli era riuscita la novella, che una sua cambiale non era stata da lui accettata, e che, *avendo dato parte all'Arcidiacono di un tale sconcerto, il suddetto era restato rammaricatissimo*: indi dice, che alla contraria notizia, che ne avea colle ultime lettere ricevuta, si era sopramodo rallegrato, che l'*Arcidiacono, leggendole*, parimente *ne resterà consolatissimo*. Ecco, come l'uno immediatamente ragguaglia l'altro di ciascun lieto, o doloroso avvenimento. Finalmente l'Arcidiacono in una lettera del dì 22. del mese di Maggio dell'anno 1761. scrive a D. Tommaso così: *Per quel, che appartiene alla cambiale di duc. 90, credo che'l Sig. Lignola potrebbe favorirlo; anzi li Signori Motta. Se ci andate, l'avrete senza meno. Si regoli così, e non pensi ad altro*. Ecco, come D. Tommaso si riconsiglia coll'Arcidiacono, anche quando è assente: e come l'Arcidiacono, tuttochè lontano, ne regola i passi. Alle cose dette, si aggiunga quel, che concordemente attestano il Regio mezzano Luca de Sio, ed altri ben molti, che non solo D. Tommaso, ma ancora il Prete D. Filippo Pansa frequentavano le case de' miei Clienti per la spedizione delle commessioni date loro dall'Arcidiacono, e

più non si dubiti della comunion de' lucri. Da ciò se-
8 gue, che sebbene il solo Arcidiacono abbia sottoscritte le polize, è nondimeno il debito a tutti i fratelli comune. Così la medesima Ruota (a): *Non obstat, quod Franciscus plures fecerit acquisitiones nomine proprio, quoniam, constito ex supradictis de universali communione, parum refert, quod ipse nomine proprio contraxerit.* Cotesta società si è avuta per vera dagli stessi fratelli Pansa d' Amalfi, quando, per liberar dalle carceri l' Arcidiacono, presentarono nel Tribunale di Roma fede dell' Attitante del Magistrato, per cui costava, che col sequestro di tutte le loro rendite erano a bastanza cauti i creditori.

Non si è detto ancor tutto. Non solo tra' fratelli Pansa di Amalfi ci era, e ci è società; ma ci era, e ci è forse ancora tra tutti i fratelli di Amalfi, e tutti i lor cugini di Catania. Perchè ben s' intenda la cosa, son da trarne le origini dall' anno 1722. Nel dì 3. del mese di Giugno Geronimo Pansa, avolo de' fratelli di Amalfi, e di Catania assegnò la somma di duc. 18000. ad Andrea, e Domenico suoi figli *in conto delle loro porzioni*, volendo, che *avessero continuata la negoziazione*, e che lor proprio fosse il lucro, che ne avessero ritratto. Durò cotesta società tra' due fratelli fino all' anno 1730, nel quale Geronimo morì. Nell' anno poi 1731. in un istrumento del dì 28. del mese di Luglio liquidarono i due fratelli l' asse ereditario paterno, senza venire a division di beni: e fatto il conto della *negoziazione* dal padre ordinata sul capital sociale di ducati 18000, trovarono, ch' erasi ridotto a ducati 15639. 30. E perchè tutti erano impiegati in Catania, dove avea sua sede Domenico, si convenne, che ne avrebbe Dome-

(a) *Num.* 19.

menico restituita ad Andrea la metà, che gli spettava, dentro lo spazio di tre anni, e che intanto *per lucro cessante*, e *danno emergente* gli avrebbe pagato annui duc. 392. 80. alla ragione del 5. per 100. Passarono gli anni tre, nè furono ad Andrea restituiti i ducati 7819. 65. metà de' duc. 15639. 30: onde un altro istrumento si fece nel dì 7. del mese di Luglio dell'anno 1735, nel quale a Domenico si diè la dilazione di altri due anni, e si accrebbe l'interesse dal 5. al 6. per 100. Erano già corsi i due anni, anzi volgeva il quinto anno dal dì del secondo istrumento, e non curavano nè Andrea di chiedere, nè Domenico di restituire quel capitale: quando, ecco nel dì 3. del mese di Agosto dell'anno 1740. fecero un terzo istrumento, nel quale contrassero una particolar società sul comun capitale di duc. 15639. 30. Questa è quella società, che durò poi tra le due case di Amalfi, e di Catania fino all'anno 1760, e forse dura ancor oggi.

Ma 'l sottil Contraddittore, non contento di negare, che fosse quella convenzione durata oltre i tre anni prescritti nell'istrumento, nega ancora, che quella convenzione sia società, non ostante che ben tre volte nelle trascritte parole, e molte altre volte nelle rimanenti parti dell'istrumento si chiami *società*. Crede il Contraddittore esser contrario alla natura della società quel patto, che tutto il pericolo sia sempre d'uno de' soci, e che diasi sempre all'altro una determinata parte di lucro: seguentemente dice, non essersi voluto far altro nell'istrumento dell'anno 1740, che quel, che si era fatto negl'istrumenti degli anni 1731, e 1735, ne' quali si diedero duc. 7819. 65. a certo interesse compensativo del lucro cessante, e del danno emergente.

Ed o come la passion de' clienti l'inganna! Negl'istrumenti degli anni 1731, e 1735. non si legge il

patto, che 'l pericolo sia sempre della casa di Catania, perchè, dandosi in essi i duc. 7819. 65. a certo interesse, era cosa superflua apporsi quel patto, concioſiachè porti così la natura di quel contratto, che la sorte sia sempre salva al creditore. Per contrario, il vedersi apposto quel patto all' istrumento dell' anno 1740, mostra, che si volle in esso contrarre tra le due case una società particolare sulla somma di duc. 15639. 30; poichè, non apposto quel patto, sarebbero al rischio soggiaciuti non meno i duc. 7819. 65. proprj della casa di Amalfi, che i duc. 7819. 65. della casa di Catania: e cotesto comun rischio non poteva essere effetto d' altro contratto, che d' una perfetta società. Nè perchè quel patto si apposse, è da dire, che non si contrasse società.

9 Le Leggi Romane permettono, che la società si contragga col patto, che uno de' socj sia partecipe del lucro, ed immune del danno (*a*): nè contrario alla equi-

10 tà naturale, ed a' costumi delle nazioni è 'l contratto misto del contratto della società, per cui due, o più mettano il lor danaro in comune, e del contratto dell' assecurazione, per cui uno de' socj dia sicurezza all' altro di una determinata parte di lucro, purchè 'l socio, cui quella sicurezza si dà, ceda all' altro quel maggior lucro, che potrebbe, non apposto quel patto, ritrarne. Essendo il danno egualmente incerto, che 'l lucro, l' uno giustamente si compensa dall' altro: *Ut ſociorum aliquis*, scrive il dotto Ugon Grozio (*b*), *lucri ſit particeps, immunis damni, eſt quidem praeter naturam ſocietatis; poteſt tamen ita conveniri ſine injuria; fit enim mixtus contractus ex ſocietate, & ex contractu averſi periculi* (cioè dell' assecurazione, come il Gronovio notò)

in

(a) *Inſt. lib. 3. tit. de ſocietate*, §. 2.

(b) *De jure belli lib. 2. cap. 12. num. 24.*

in quo ita ſervabitur æqualitas, ſi tanto plus lucri ferat, quam alioqui laturus fuerat, qui in ſe damnum recepit. Coteſto appunto ſi volle nell'iſtrumento dell' anno 1740. Si aſſecurarono a benefizio di Andrea annui 750, e ſi convenne, che *tutto il di più, che fruttaſſe la negoziazione, andaſſe a benefizio di Domenico*, e ſe ne recò la ragione tratta dalla compenſazione col maggior danno, che doveva eſſer tutto del ſolo Domenico.

Che poi foſse coteſta ſocietà col tacito conſenſo durata oltre l'anno 1743, coſta da non pochi documenti, che ſono negli atti. E di fatto i conti tra le due caſe primamente ſi fecero nell'anno 1760, e ſi ſciolſe in quell'anno la ſocietà. Coſta di ciò dall'iſtrumento del dì 18. del meſe di Aprile di quell'anno: ed è da notare, che confeſsaron quivi i fratelli Panſa d'Amalfi, che la ſocietà dell'anno 1740. era durata ſino a quel giorno. E' vero, che pretefero i fratelli Panſa di Catania, ch'eraſi ſciolta la ſocietà dopo tre anni preſcritti nell'iſtrumento dell'anno 1740, e che ſeguentemente doveano eſſi pagare dal meſe di Agoſto dell'anno 1743. annui ducati 375. intereſse de' ducati 7819. 65. alla ragione del 5. per 100, non annui 750, quanti ne dovean pagare per gli anni della ſocietà; ma non ſeppero render riſpoſta a quel, che in contrario diceva a ſuo nome, ed a nome de' ſuoi fratelli l'Arcidiacono; cioè, che in virtù dell'iſtrumento dell'anno 1740. potea la caſa d'Amalfi chiedere il capitale di ducati 7819. 65, e poteva la caſa di Catania, anzi dovea, quandochè ne foſse richieſta, reſtituirlo; ma fino a quell'anno 1760. nè la caſa d'Amalfi l'avea mai chieſto, nè la caſa di Catania avealo reſtituito, e non ſi eran mai fino a quel dì renduti conti: onde certamente naſcea la tacita ſocietà. Che ſe ſi diè loro l'intereſse de' duc. 7819. 65. non fino al dì di quell'iſtrumento, ma fino

all'

all' anno 1756, ciò si fece, perchè si compensarono con quella somma alcune pretensioni, che contra la casa di Amalfi avea la casa di Catania per rispetto de' beni ereditarj di Geronimo, come nello stesso istrumento si dice. Segue da ciò, che dovrebbero sottoporsi a sequestro anche i duc. 7819. 65. metà del capital sociale spettante alla casa di Catania, poichè si contrassero dall' Arcidiacono i debiti come socio non solo de' suoi fratelli di Amalfi, ma ancora de' suoi cugini di Catania: e si è prodotta nuova *Supplica* dintorno a ciò.

E non osta, il torno a dire, ch' e' gli contrasse, sot-
11 toscrivendo il solo suo nome; poichè, per obbligare tutti i socj, basta por mente alla causa del debito; cioè basta, che 'l debito si fia contratto per l'acquisto di quel genere di merci, ch' erano la materia della società. E ciò tanto è vero, che dee bastare, anche nel caso, che sieno da principio convenuto, che a nome di tutti i socj si facessero i contratti. Piacemi di trascrivere un bel luogo del nostro Carlo d' Alesio (*a*): *Secundus casus est, quum a Titio, & Cajo expressum fuerit nomen negotii: & tunc clarum est, socios remanere obligatos, quamquam non constet de versione pecuniae in utilitatem societatis. At ubi nomen negotii non est expressum, tunc inspicienda est causa debiti, an scilicet sit de illis, quae concernunt negotium societatis: & tunc taliter socii tenebuntur; nam pactum in contractu societatis adjectum, ut debeat subscribi sub illis verbis, ET SOCII, tendit ad fraudes evitandas, & ad cognoscendum, cujus nomine contrahatur. Si ergo ex causa, qua debitum fuit contractum, hoc cognoscitur, de alio non est curandum. Aut vero est causa indifferens ad negotia socialia, & propria, & tali casu, socii nullo modo tenentur, non constito de versione.* Or

la

(a) *Obs.* 13. *in consult.* 105. Capyciilatr. *num.* 13.

la società si contraſſe ſopra *pannine*, e per l'acquiſto di *pannine* contraſſe i debiti l'Arcidiacono. E ciò si conferma per tre ſue lettere ſcritte a D. Tommaſo da Sicilia l'anno 1761. In eſſe dice, che per pagare i debiti contratti con *caſa Liquier*, di cui fa eſpreſſa menzione in quella del dì 2. del meſe di Maggio, andava eſigendo per varj luoghi della Sicilia, ma che molto difficile gli riuſciva l'eſazione. Se per pagare il costo delle *pannine* eraſi portato in Sicilia ad eſigere, è chiaro, che le avea comperate per mandarle in Sicilia, e ſeguentemente a comodo della società, ch'era tra le due caſe. Se non che non debbo io brigarmi dell'uſo, che fece di quelle *pannine* l'Arcidiacono. L'eſser eſse la materia della società, dee, ſecondochè ſi è detto, baſtare ad obbligar tutti i ſoci, dato ancora, che ne aveſse colui uſato altrimenti: e debbono eſſi eſser contenti dell'azione, che contra l'Arcidiacono dà loro la Legge: *Quamvis poſtea ſocii*, ſon parole del Capecelatro (a), *in alios uſus pecuniam convertant, & etiam in proprios, vel pecunia credita male utantur, non tamen per hoc non erunt* (gli altri ſoci) *obligati creditoribus, qui contraxerunt, licet contra ipſos* (che hanno del danaro abuſato) *habent actionem*. E richiede così la pubblica fede de' commerzj. 12

Un' altra ſola coſa è quì da aggiungere, ed abbia poi fine queſta Scrittura. L'Arcidiacono negli anni 1758. e 1759. contraſſe co' miei Clienti il debito confiderevoliſſimo di duc. 19389.73. In quegli anni, e ne' ſeguenti non ci è ſtato nè fallimento, nè perdita, od altro ſiniſtro. In che ſi è ſpeſo tanto danaro? La coabitazione dell'Arcidiacono co' ſuoi fratelli: il poſſeder eſſi la roba in comune: il prender, che facea la caſa di Amalfi

(a) *Conſult.* 105. *num.* 39.

malsi tanta parte negl' interessi della casa di Catania, e questa negl'interessi di quella, ci debbano far credere, che in utilità comune si è speso: e tanto dee bastare, perchè si confermi l'ordinato sequestro, e si estenda ancora alla metà del capital sociale spettante alla casa di Catania: tanto più, che si tratta ora la causa in grado di *nullità*, le quali, a tenore delle nostre Prammatiche, debbono appoggiarsi od in espresso luogo di Legge, od in pubblica scrittura prodotta prima del decreto: e nel caso nostro l'uno, e l'altra mancan del tutto.

Di Casa nel dì 7. del mese di Settembre dell' anno 1763.

Per D. Valerio, e Fratelli di Telesio, e per lo Barone Ricciulli contr' a' Baroni Ripa, e Vercilli.

ARGOMENTO.

I. Quando una sia la causa, per cui ad alcuno competa azione contra più, se uno di essi si elegga, gli altri si liberano.

II. Il socio, e'l depositario, convertendo in proprio uso il danaro comune, o depositato, sono tenuti, per la mora irregolare, all' interesse.

SOMMARIO.

1 IL *decreto, quando non sia stato notificato, non nuoce, tuttochè del medesimo si abbia scienza giudiziale.* 2 *La*

2 *La cosa giudicata nè giova, nè nuoce a coloro, che non sono stati in giudizio*: Ved. il num. seg.

3 *La cosa giudicata contr' un erede, non nuoce ai coeredi.*

4 *Quando una è la causa, per cui ad alcuno competa azione contra più, se uno di essi si elegga, gli altri si liberano:* Ved. i num. seg.

5 *L'azione* esercitoria *si dà contr' il padrone, che prepose il servo alla nave, non già contr' il servo* esercitor *della nave.*

6 *L'azione* esercitoria *si dà non meno contr' il* maestro *della nave, che contra l'* esercitor *di essa, se sia persona libera.*

7 *La compensazione si può opporre in qualunque parte del giudizio, ed anche dopo la sentenza.*

8 *Per quali debiti non può farsi la compensazione:* Ved. i num. seg.

9 *Dove una persona più persone rappresenta, non si ammette confusion di debito, e di credito.*

11 *Quando il debito facilmente, e di breve può liquidarsi, si dà luogo alla compensazione.*

12 *Perchè le usure si debbano, qual mora ricercasi.*

13 *Il socio, e'l depositario, convertendo in proprio uso il danaro comune, o depositato, sono tenuti, per la mora* irregolare, *all' interesse.*

ALLEGAZIONE III.

NEll'anno 1736. D. Antonio Telesio, D. Antonio Ricciulli, D. Ignazio Monaco, D. Diego Ripa, D. Matteo Vercillo, e D. Giuseppe di Martino, tolsero a fitto in società per anni sei *l'arrendamento de' ferri, e peso* delle Calabrie. *Amministratore* fu eletto il Martino, *cassiere* il Ripa, il qual dovea per patto espresso rimetter subito quanto esigeva, dedottene prima le spese necessarie, alla casa del Palomba in Napoli; onde

costui puntualmente pagasse i *bimestri dell' estaglio*. E perchè 'l Palomba erasi obbligato *de proprio*, convennesi ancora, che 'l Ripa, quandochè non rimettesse al Palomba il danaro, pagar dovesse a' socj il 6. per 100, quanto i socj eran tenuti di pagare al Palomba. Così si legge nell' istrumento di quell' anno.

Eran corsi gli anni 6, anzi volgea l' anno 1748., nè l' amministratore Martino aveva a' socj mostrato quanto a ciascuno spettasse del lucro, che si era da quel negozio ritratto: quando finalmente nel suddetto anno 1748. e' dichiarò per pubblico istrumento, al quale intervennero D. Valerio Telesio, figlio di D. Antonio già morto, e D. Giuseppe Monaco, figlio del defunto D. Ignazio, che la porzione di ciascun socio erano 5857. 76. 10. consistente in danaro, in generi non venduti, ed in esazioni non fatte. Così ricevettero il Telesio, e 'l Monaco le loro porzioni. Ma 'l Ricciulli, il Ripa, e 'l Vercillo, chiamarono immantinenti in giudizio il Martino, perchè si obbligasse al rendimento de' conti, ed intanto a dar loro le porzioni secondo la dichiarazion fatta nel sopraccitato istrumento.

Or è quì da sapere, che 'l Martino in quell' istrumento dichiarò, che, non avendo il Ripa trasmesso il danaro alla casa del Palomba, ed avendo costui pagato del suo, aveva egli dovuto pagare al Palomba duc. 507. per interesse. Dichiarò ancora, che 'l Ripa in virtù della *significatoria* del Carniglia, razionale della società, era debitore di casa nella somma di duc. 2005. 30. ¼. Seguentemente mise in conto al Ripa per la porzione, che gli spettava, quella prima somma di ducati 507: e per rispetto della seconda somma, delegò 'l Ripa al Vercillo per duc. 1857. 78. Ma nega l' erede del Ripa il primo debito de' duc. 507, ed accetta il secondo per la somma di soli 779. ducati: e vogliono il Ripa, e 'l Vercillo, che debbano i socj *pro rata* riempire le

due

due porzioni, che spettan loro in virtù dell' istrumento dell' anno 1748. E queste sono le due controversie, delle quali dee giudicare il S. Consiglio.

CAPO I.

Si mostra, che i duc. 507. si debbano mettere in conto al Ripa.

L' Erede di D. Diego Ripa per la somma de' ducati 507. indirizzò primamente l'azione contra'l Martino: e, rispondendo costui, che quella somma si era pagata alla casa del Palomba per cagione di esso D. Diego, fu dal Signor Commessario, e poi dal S. Consiglio ordinato, che avesse mostrato il Martino di aver pagati i ducati 507. al Palomba per cagione del Ripa. Procurò di mostrarlo il Martino per una lettera scrittagli dal Ripa, ove costui confessava di aver ritenuto presso di se per suoi bisogni alcune quantità di danaro spettante alla società. La lettera non si negò dall'erede del Ripa; ma, perchè quivi non si esprimeva quantità certa e determinata, non istimò 'l Sign. Commessario, che si fosse dal Martino legittimamente provato, esserfi fatto al Palomba il pagamento de' duc. 507. per cagione del Ripa: onde interpose decreto, che la suddetta partita si togliesse dall'esito contra'l Ripa, e si menasse buona a costui. Indi, a nuovo ricorso del Ripa, fece il Signor Commessario altro decreto ordinante, che *pro exequutione decreti S. Consilii*, i socj pagassero *pro rata* all'erede del Ripa i duc. 507. Di quest'ultimo decreto si son richiamati il Telesio, e 'l Ricciulli: ed è ben giusto il richiamo per le seguenti ragioni.

I. Il Decreto del S. Consiglio, per esecuzion del quale il Sign. Commessario interpose il suo, non fu

notificato al Ricciulli: onde a coſtui non può nuocere
1 il decreto del Sign. Commeſſario. Si sa per ciaſcuno (e'l deciſe il S. Conſiglio appreſſo il Maradei (*a*)) che, ſebben del decreto ſi abbia ſcienza giudiziale, pur, quando non ſia notificato, non nuoce. Si dee dunque notificare al Ricciulli il primo decreto del S. Conſiglio, e dargli la facoltà o di far quelle pruove, cui non ſeppe fare il Martino, o di gravarſene.

II. Nè nel tempo del decreto del S. Conſiglio, nè nel tempo dell' ultimo decreto del Sign. Commeſſario erano in giudizio due fratelli di D. Valerio Teleſio, eredi in due terze parti di D. Antonio, che contraſſe la ſocietà. Coteſti due ſono (non ha guari) comparſi, facendo iſtanza di eſſere inteſi *ex integro*: e ſecondo tutte le Leggi *ex integro* debbono eſſere inteſi. Segue da coteſti due fatti, che'l decreto del S. Conſiglio non poteva, nè può contr' al Ricciulli, e contr' a' fratelli di
2 Teleſio eſeguirſi, non conſentendo le Leggi, che 'l decreto noccia a coloro, che non erano in giudizio. Coteſta maſſima ci vien propoſta dall' Imp. Gordiano (*b*): *Res inter alios judicatae, neque emolumentum afferre his, qui judicio non interfuerunt, neque praejudicium ſolent irrogare:* ed è vera anche nel caſo, che coloro, i quali non erano in giudizio, aveano la medeſima qualità, che
3 coloro, i quali v' erano. Non permette l' Imp. Gordiano, che 'l giudicato contra un erede, rechi alcun pregiudizio agli altri coeredi (*c*): *Ideoque nepti tuae praejudicare non poteſt, quod adverſus coheredes ejus judicatum eſt, ſi nihil adverſus ipſam ſtatutum eſt.*

III. Quando foſſe ſtato il decreto del S. Conſiglio notificato a tutti, non eſſendo tutti in quello compreſi,

non

(a) *Sing.* 342.
(b) *In L.* 2. *C. quib. res judic. non noc.*
(c) *In d. L.* 2.

non poteano *per efecuzione* di quel decreto condannarsi a pagare. Che 'l decreto del S. Consiglio non comprenda gli altri soci, non è da dubitare. Di certo non gli comprende espressamente, perchè in esso solo del Martino si parla. Le parole del decreto del S. Consiglio sono: *Doceat Martinus*, non già *doceant socii*. Nè men gli comprende tacitamente, e per interpetrazione; poichè dal decreto: *Doceat Martinus*, non ne segue necessariamente quell'altro, *socii solvant*. Se si volesse avere questo secondo decreto come una necessaria conseguenza del primo, per esso si punirebbero gl' innocenti. Quel *socii solvant*, è una pena del non essersi mostrato, che 'l pagamento de' ducati 507. si era fatto per causa del Ripa: pena già minacciata nel primo decreto: *Doceat Martinus*. Dunque, perchè si conosca, chi, secondo la mente del S. Consiglio, debba portar cotesta pena, è da vedere, chi avea l' obbligo di mostrare la causa del pagamento, e non la mostrò. Ma cotest' obbligo era certamente del solo Martino, che non gli soddisfece. Gli altri, che nulla sapevan di quello, che nel S. Consiglio trattavasi tra 'l Ripa, e 'l Martino, come non avean l' obbligo, così non avean la facoltà di mostrare la causa di quel pagamento. Dunque, interpetrandosi contro di loro il decreto del S. Consiglio, sarebbero innocentemente puniti. Si aggiunge, che ben poteva a' soci riuscir di mostrare quel, che non riuscì di mostrare al Martino: e di fatto l' hanno essi ora mostrato, come in appresso dirò, tuttochè non fossero tenuti di farlo.

IV. Ma io vado anche più in là, e dico, che nel tempo, che 'l S. Consiglio profferì quel decreto: *Doceat Martinus*, non aveva il Ripa azione contra gli altri soci: il perchè, non potendo il Magistrato supplire il difetto dell'azione, non poteasi poi ordinare, che tutti gli altri soci pagassero. Poteva, io nol niego, l' erede

del

del Ripa istituir l'azione contr' al solo Martino: e poteva istituirla ancor contra tutti; ma eletto, ch' ebbe una volta il solo Martino, perdè l'azione contra gli
4 altri. E' regola certa di Legge, che, quando una è la causa, per cui a talun compete azione contra più, se uno di essi si elegge, gli altri si liberano. Ciascun sa, che compete contra 'l padrone per lo delitto del servo l'azion detta *noxalis*. Or che dee dirsi nel caso, che 'l padrone, primachè contra lui l'azione s'istituisca, lascia per dolo di possedere il servo, e 'l vende ad altrui? Risponde Paolo (*a*): *Electio est actoris, cum quo velit agere*. Ecco un'azione, che per la medesima causa compete contra due; cioè contra 'l nuovo, e contra l'antico padrone. Ma se l'attore ha scelto un di que' due, qual sarà l'effetto di cotesta scelta? Risponde lo stesso Paolo (*b*): *Electio alterum liberabit*: sul qual luogo scrive il dottissimo Antonio Fabro: *Electione unius, alterum liberari oportet. Sola itaque electio, hoc casu, liberat: nec requiritur, ut actor ab eo, quem elegit, aliquid sit consequutus; sibi namque imputet culpam suae electionis*. E perchè non mi si opponga, esser maggiore il favor dell' azione nascente da contratto, che dell' azione nascente da delitto, producasi un testo di Ulpiano, ove si parla dell' azione *esercitoria*. Dal contratto,
5 che talun fa col servo, cui prepose il padrone ad una nave, nasce l'azione *esercitoria* contra'l solo padrone, perchè 'l servo non può civilmente obbligarsi, nè
6 può chiamarsi in giudizio (*c*). Ma dal contratto fatto con persona libera, cui altri ad una nave prepose, nasce l'azione *esercitoria* non men contra 'l *maestro* della nave,

(a) *In L. de illo 24. ff. de noxal.*
(b) *In L. electio 26. ff. eod.*
(c) *L. 6. C. de judic. L. 14. ff. de obl. & act.*

nave, che contra l'*esercitore*: ed all'arbitrio dell'attore permettesi, che l'istituisca contra l'uno, o contra l'altro. Ecco un'azione nascente da contratto, e procedente da una causa, la qual compete contra due. Coresto caso trattando Ulpiano (*a*), scrive: *Haec actio ex persona magistri in exercitorem dabitur: & ideo, si cum alterutro eorum actum est, cum altero agi non potest.* Comechè sia chiarissimo il testo, pur gioverà, che quì si trascriva il comento del Fabro: *Dicendum est, si is, qui cum magistro contraxit, atque ita exercitorem quoque sibi obligavit, cum alterutro eorum egerit, cum altero agere illum amplius non posse, licet a priore nihil, aut minus quam ei deberetur, fuerit consequutus, sibi enim debet imputare, cur male elegerit.* Che se talun mi dicesse, che nel nostro caso, quantunque nasca l'azione contra più da una stessa causa, nondimeno non compete contra tutti per la medesima somma; essendo ciascun de' soci tenuto *pro rata*; risponderei, che, come i soci eran tenuti *pro rata*, così il Martino solo era tenuto per la intera somma dopo la dichiarazion fatta nell'istrumento dell'anno 1748, che per cagion del Ripa aveva egli pagati al Palomba i duc. 507. E di vero, posta coresta dichiarazione, se il Martino non pagò quella somma al Palomba; dicendo poi di averla pagata, e non dandola al Ripa, certamente la ritenne presso di se, e per l'azione *pro socio*, dovea solo restituirla intera: o la pagò veramente al Palomba, ma non si provvide d'idonei documenti da mostrare d'averla pagata: ed anche in tal caso, doveala intera; poichè, come amministratore, era tenuto di legittimamente mostrare a' soci quanto avea pagato per la società, ed in qual tempo, e per quali

(a) *In L. 1. §. pen. de exerc. act.*

quali cagioni. Dunque la medesima somma si dovea da tutti i socj, e dal solo Martino: e seguentemente potea da principio il Ripa istituir l'azione per tutti i ducati 507. o contra tutti i socj, o contra 'l solo Martino: ed avendo eletto il Martino, liberò gli altri.

V. Ma si mostri, che 'l Martino veramente pagò quella somma al Palomba, e la pagò per causa del Ripa. La lettera dal Ripa scritta al Martino, a costui non giovò, perchè non esprimea la somma certa, che quegli aveva appresso di se ritenuta. Se avesse il Martino gettato un guardo sul libro, che, come cassiere aveva il Ripa formato, l'avrebbe quivi trovata; ma cotesto libro, tuttochè dall'erede del Ripa esibito, non so per qual fato di questa causa dal Martino non si osservò: e solo ebbesi sotto gli occhi una infedelissima copia di quello, sola cagione de' molti errori, che si son presi nella causa presente, e delle gravi molestie, che ingiustamente han sostenute, e tuttavia sostengono i miei Clienti. Si è ora finalmente osservato: ed o quanto male furono spesi da' socj que' venti ducati, che al Ripa si pagarono in ciascun mese, perchè dieci ne riteneste per se, e ne deste altrettanti ad un Razionale! Non è in quello alcuna distinzion di tempi. Nell'esito son partite duplicate, e nell'introito ne mancano alcune. Ne ha delle altre nell'esito, che vi sono state scritte due anni dopo, che aveva il Ripa lasciato d'esser cassiere. In fine: vi son più luoghi cancellati, rasi, o viziati. Ed ora s'intende, perchè cotesto libro non si volea presentare in alcun modo dall'erede del Ripa, che, dopo molti decreti del Sig. Commessario, fu poi costretto ad esibirlo. Non poteano altronde trarsi pruove più certe di quel molto, che a' socj deve l'erede del Ripa. Ma si venga a quel, che mi son proposto di dimostrare. Il Ripa nel giorno 22. del mese di Marzo dell'anno 1739.

scris-

ſcriſſe in quel libro, ch' e' ritenea preſſo di se del danaro della ſocietà duc. 3906. 70. 3. Così quivi ſi legge: ed ecco la ſomma, che nella lettera non ſi eſpreſſe. Or come potea mandare al Palomba le quantità convenute per lo pagamento de' *bimeſtri*, chi ſomme cotanto conſiderevoli ritenea preſso di se? Importava ciaſcun *bimeſtre* la ſomma di duc. 2700. in circa; onde, ritenendo il Ripa per non breve ſpazio di tempo intorno a 4000. ducati, non potea certamente aver pronte altre migliaja da mandarle al Palomba. Dunque è ben vero, che 'l Palomba pagò di ſuo i *bimeſtri*, e per conſeguente il Martino pagò l' intereſſe al Palomba, e'l pagò per cagione del Ripa. Nè talun creda, che aveſſe il Ripa ritenuta quella ſomma per pochi giorni. E' la ritenne intera, ſecondochè leggeſi nel medeſimo libro, per quattro meſi, ed alcuni dì: ne ritenne poi duc. 2926. 25. 11. per un' anno, e dieci meſi; cioè dal meſe di Agoſto dell'anno 1739. ſino al dì 26. del meſe di Maggio dell' anno 1741: e finalmente ne ritenne per tutta ſua vita, come ancor ne ritiene il di lui erede, 1441. 15. 10. Di tutte coteſte coſe teſtimonianza ci rende una *fede* del Razional Calandra tratta dal libro originale del Ripa, cui mi è paruto ſpediente di dare alle ſtampe, perchè ciaſcuno de' Signori Giudicanti la leggeſſe, potendo far conto di leggere lo ſteſſo libro originale. Or col libro originale ſi unisca la lettera, e ſarà più chiara la coſa. La lettera fu dal Ripa ſcritta al Martino di Napoli il dì 16. del meſe di Maggio dell' anno 1739. cioè 25. giorni dopo, che aveva il Ripa notato nel libro il ſuo debito de' ducati 3906. 70. 3. In quella lettera ſcrive il Ripa: *Il Sign. Palomba pagò il bimeſtre, e per me non so, qual motivo cagionò la difficoltà ſino a farſi ſpedire l' eſecutorio: lo che oltremodo mi affliſſe*. Confeſsa egli, che 'l Pa-

lomba pagò un *bimestre*, e che si spediron per quello le lettere esecutoriali. Dunque non avea trasmesso al Palomba il danaro, secondochè per l'istrumento dell'anno 1736. era tenuto di fare. Che le lettere esecutoriali fossero state effetto dell'avere il Ripa speso per suoi bisogni il danaro della società, cui dovea trasmettere in Napoli, nella medesima lettera si confessà per le seguenti parole: *Il Sig. Ricciulli, che sa il mio cuore, avrà ben riferito a V. S. il contingente della mia disgrazia .... ed il detto Sig. D. Antonio lo sa, che più di una volta l'ho detto di rimanere scoverto col fondaco involontariamente; ma non per questo non soddisferò.* Ecco, confessa il Ripa, che un *bimestre* non si pagò col danaro della sua cassa: e che ciò avvenne per colpa sua: e certamente dovette il *bimestre* esser maturato prima del dì 26. di Marzo, nel quale notò suo debito nel libro della cassa: poichè d'ordinario lasciano i creditori passar qualche tempo prima di venire ad atti giudiziali: e qualche altro tempo necessariamente dee correre per la spedizion delle lettere esecutoriali. Or se 'l *bimestre* maturato prima del dì 26. di Marzo per colpa del Ripa non si pagò col danaro della società, ben altri *bimestri*, che matùrarono in appresso, con quel danaro non si poteter pagare, poichè 'l medesimo Ripa nel suo libro confessa, che per quattro altri mesi, ed alquanti dì ritenne presso di se la somma di duc. 3906. 70. 3. Ed ecco, che 'l Martin disse il vero, quando disse, che per cagion del Ripa avea pagato al Palomba duc. 507. per interesse.

VI. Quando una pruova così chiara mancasse, se i
7 socj opponessero all'erede del Ripa la compensazione, che ben si può per Legge opporre in qualunque parte del giudizio, ed anche dopo della sentenza (*a*), potrebbe

(a) Afflict. *decis.* 121. *n.* 3. De Luca *de regal. disc.* 106. *n.* 10, *& de judic. disc.* 41.

be egli aver l'ardimento di chieder le rate de' duc. 507? No di certo. Ma i socj gliela oppongono: nè può l'Avversario sfuggirla. Il debito de' socj non è del genere di quelli, 8
che per Legge (*a*) non si compensano. Il Ripa, se vivesse, e fosse in giudizio, non rappresenterebbe per ri- 9
spetto del suo credito, e del suo debito più persone: nel qual caso confusion di credito, e di debito non si ammette (*b*); ma la sola persona di socio per rispetto dell'uno, e per rispetto dell'altro: ed una persona sola per lo credito, e per lo debito rappresenta oggi l'erede. Non è *illiquido* il credito de' socj, nel qual caso non 10
ci ha luogo a compensazione (*c*). E' un credito, di cui costa per lo libro del Ripa, e seguentemente per la confessione del debitore: e costa per essa come del credito, così della quantità, la quale eccede d'assai la somma di duc. 507. Se non che non è mestieri, che la compensazion si faccia colla sorte, che dal Ripa è dovuta. Pretendono i socj (e dirittamente il pretendono) che si compensi co' suddetti duc. 507. una parte dell'interesse, a cui era tenuto il Ripa, ed è oggi tenuto di pagare l'erede per le quantità ritenute: dovendosi anche quell'interesse aver come liquido. E' dottrina nel foro ricevutissima, 11
che le somme, le quali agevolmente, e di breve si possono liquidare, si han come liquide, e ben si possono compensare. Ce ne rende sicuri il Menochio (*d*): *Compensationis exceptionem debiti non liquidi ad debiti liquidi solutionem impediendam opponi non posse scimus: eo tamen in casu solet recipi exceptio haec, quum*

(a) *L. ult. §. 1. & 2. C. de compensat.*
(b) Salgad. *labyrint. credit. p. 3. c. 6. §. 1. num. 14. & sequn.*
(c) *Dict. L. ult. §. 1.*
(d) *De arbitrar. judic. lib. 2. cas. 14.*

ſuper ea incontinenti offeruntur probationes, ut apud OMNES. Si fa poi a ſporre quell' *incontinenti*: e reca in mezzo primamente l' opinione del Bartolo, che lo ſpiegò per due meſi: indi l'opinion d' Accurſio, cui piacque di rimetterlo all' arbitrio del Giudice. Comunque vada la coſa, quandochè 'l Giudice avviſi, eſſere il debito non malagevole a liquidarſi, dee, per comun ſentimento de' Dottori, dar luogo alla compenſazione. Appoggiaſi coteſto comun ſentimento in quel luogo dell' Imp. Giuſtiniano (*a*): *Ita tamen compenſationes objici jubemus, ſi cauſſa, ex qua compenſatur, liquida ſit, & non multis ambagibus innodata, ſed poſſit Judici facilem exitum ſui praeſtare*. Le parole, *non multis ambagibus innodata*: e le parole, *facilem exitum*, moſtran chiaro, dover baſtare al Giudice, perchè ammetta la compenſazione, che 'l debito non ſia difficile a liquidarſi. Or che ci ha nel caſo noſtro, che parer poſsa al Giudice *multis ambagibus innodatum?* Che ci è, che non abbia *facilem exitum?* Sarà forſe malagevole a provarſi l' eſiſtenza del debito? No di certo. Per Legge,
12 ſebbene regolarmente, perchè le uſure ſi debbano, richieggaſi non la mora, che i Romani Giuriſconſulti diſsero (*b*) *ex re fieri*, e che i forenſi chiamano *irregolare*; ma la mora, che diceſi (*c*) *fieri ex perſona*; cioè, ſe 'l debitore, *interpellatus opportuno loco, non ſolve-*
13 *rit*: nondimeno ci ſon caſi, ne' quali per la ſola tarda ſoluzione l'intereſse ſi dee (*d*): e tra coteſti ci è 'l caſo del

(a) *In d. L. ult.*

(b) *L.* 32. *ff. de uſur.*

(c) *Dict.. L.* 32.

(d) *L.* 17. §. 5. *L.* 23. §. 1. *ff. eod. L.* 13. §. 20. *de act. emt. vend. L.* 46. §. 4. *C. de Epiſc. & Cler. L.* 3. *C. in quib. cauſ. in int. reſt. neceſ. non eſt.* D. Marin. *ad Revert. deciſ.* 514.

del ſocio, e del depoſitario, che convertono in proprio uſo il danaro comune, o depoſitato. Del ſocio, ſcrive Papiniano (*a*): *Si ſocius ideo condemnandus erit, quod pecuniam communem invaſerit, vel in ſuos uſus converteris* (così fece il Ripa) *omnimodo, etiam mora non intervenìente, praeſtabuntur uſurae*. Ne reca la ragione il Noodt, per quelle parole (*b*): *Socius, quamquam a ſocio non interpellatur, tamen & vi dominii, & ſocietatis, id eſt, ipſa rerum veritate, in mora conſtituitur*. Del depoſitario, ſcrive l' Imp. Gordiano (*c*): *Si depoſita pecunia is, qui eam ſuſcepit, uſus eſt; non dubium eſt, etiam uſuras debere praeſtare*. Depoſitario, e ſocio era il Ripa, e ſpeſe per ſuoi biſogni l' altrui danaro alla ſua fede raccomandato con legge eſpreſſa, che, come s' eſigea, doveſſe ſubito traſmetterlo in Napoli. Se certa è l' eſiſtenza del debito, preſſochè certa è ancora, almeno non molto dubbia, è la ſomma dell' intereſſe. Scriſſe il Ripa nel ſuo libro, che nel dì 22. del meſe di Marzo dell' anno 1739. avea preſſo di ſe del danaro della ſocietà duc. 3906. 70. 3. Non ſi sa, quanto tempo avanti aveſſe incominciato a ritener quella ſomma. Ma gli ſi conceda, che non prima di quel dì gli foſſe venuta in mano. Certamente la ritenne, ſecondochè nel medeſimo libro è ſcritto, per quattro meſi, ed alcuni dì. L' intereſſe di coteſta ſomma, e di coteſto tempo, alla ragione del 5. per 100. (ragion baſſiſſima per riſpetto di coloro, che impiegano in mercatanzia il lor danaro, e ſpezialmente nelle Calabrie) aſcenderebbe a ducati 62. Ne ritenne, ſiccome quivi ancora ſi legge, ducati 2926. 25. 11. per meſi 22. Alla ſteſſa ragione mon-

(a) *L.* 1. §. 1. *ff. de uſur.*
(b) *De foenor. & uſur. lib.* 3. *c.* 10.
(c) *In L.* 4. *C. depoſ.*

monterebbe l'intereſſe a duc. 268. Finalmente dal meſe di Maggio dell'anno 1741. ſino al preſente anno 1756. ne han ritenuto D. Diego Ripa, e 'l di lui erede duc. 1441. 15. 10., e ce ne ſa fede lo ſteſſo libro. Coteſto intereſſe di ben quindici anni, eccede la ſomma di duc. 1080. Dunque per ſolo intereſſe dee certamente a' ſocj l'erede del Ripa duc. 1410. E come ha oggi l'ardimento di chiedere i duc. 507.

CAPO II.

Si moſtra, che anche i duc. 1857. 78. debbonſi mettere in conto al Ripa.

L'Erede del Ripa è certamente debitore de' ſocj, ſiccome ſi è moſtrato ſul fine del precedente Capo, nella ſomma di duc. 2343. compenſati i duc. 507, alla qual ſomma ſi debbono aggiungere tre partite meſſe ultimamente in chiaro dal Calandra. Tutto il debito è di duc. 2947. Or ſenzachè i ſocj paghino al Vercillo, ben può 'l S. Conſiglio, evitando, com'è ſolito di fare, gl'inutili circuiti, condannare il Ripa a pagare al Vercillo duc. 1857. 78. in iſconto de' ducati 2947., ed a pagare a' ſocj i reſtanti 1090. 78. Che ſe giuſto ſi ſtimi, che i ſocj paghino al Vercillo i duc. 1857. 78. a tenor del decreto, non è men giuſto, che ſi condanni nel tempo medeſimo l'erede del Ripa a pagare per ora a' ſocj duc. 2947. debito cotanto liquido, quanto chiara è la confeſſione, che D. Diego Ripa ne fece nel ſuo libro *di Caſſa*.

Di Caſa il dì 2. del meſe di Settembre dell'anno 1756.

DE-

DEGLI OBBLIGHI.

Per lo Barone D. Giuſeppe Gagliardi contra l'Avvocato D. Niccolò Pierro.

ARGOMENTO.

I. Dell'obbligo del fatto proprio, e del fatto alieno; della diverſa ſpezie dell' uno, e dell'altro: e de' loro diverſi effetti.

II. Dell'obbligo de' correi di dovere, e dell'obbligo de' fidejuſſori: e quando abbia luogo il benefizio della eſcuſſione.

SOMMARIO.

1 *DEll' obbligo del fatto alieno, e del fatto proprio: e de' diverſi effetti dell' uno, e dell' altro:* Ved. i num. ſeg.

4 *Del proprio ſignificato del verbo* facere, *e del verbo* curare, *e de' loro effetti:* Ved. i num. ſeg.

6 *Nelle promeſſe del fatto alieno, deveſi attendere la veriſimile volontà de' contraenti, non la formalità delle parole, ſe queſte ſieno dubbie:* Ved. il num. ſeg.

8 *Le diligenze conſiſtono* in monendo, & rogando: *debbono eſſere eſatte, ed eſquiſite, e debbonſi provare:* Ved. il num. 9.

10 *Chi ſi obbliga* in ſolidum, *ſi fa correo di dovere, ed è principalmente obbligato.*

11 *Se 'l correo di dovere, cui non ſi appartiene principalmente l' affare, ſi debba riputare come un ſemplice fide-*

fidejussore: Ved. i num. seg.

12 *Della differenza, ch'è posta tra l' obbligo del principale, e l'obbligo del fidejussore.*

14 *Le parole debbono prendersi in modo, che operino qualche cosa.*

15 *Il fidejussore, obbligandosi* in solidum, *tacitamente rinunzia al beneficio dell' escussione: eccezione di questa regola:* Ved. il num. 17.

16 *Due persone non si possono fare correi di dovere in diversi tempi.*

18 *Iro fu 'l più povero della Grecia.*

19 *La disposizione si può estendere dal caso espresso al caso non espresso: il che ha luogo nelle ultime volontà, non già ne' contratti.*

20 *L' industria, e la fede, sono requisiti, onde l' uomo riputasi idoneo al pari, che se fosse ricco:* Ved. il num. seg.

21 *Possono due contrarre società, l'uno ponendo il danaro, e l' altro la sola opera sua, avente la metà del lucro.*

22 *Quando l'* id quod interest *contenga certa quantità, non ci ha uopo di pruova, ed assi dal Giudice ad eseguire.*

23 *Degli atti, e processo fatto prima del decreto diffinitivo, non si può dire di nullità.*

24 *Degli effetti della tacita accettazione, e ratiabizione.*

25 *Come debba provarsi il dolo vero, o 'l dolo presunto.*

26 *La compensazione, non si può opporre dal depositario.*

27 *L'esecuzion dell' istrumento, per quale eccezione venga impedita.*

28 *Del modo, onde si hanno a discutere le nullità; ed in quali casi debban militare.*

AL-

ALLEGAZIONE IV.

QUanto è vero, che l' intereſſe fa travedere anche i più ſcorti, e ſoſpinge oltre il convenevole anche i più moderati! Ecco l'Avvocato D. Niccolò Pierro, comechè certamente ſia dotto, e coſtumatiſſimo uomo, pur, difendendo una propria cauſa, ſtranamente abuſa delle maſſime legali, ed offende a torto con troppo aſpre parole l' onestiſſimo Baron Gagliardi, per cui ora ſcrivo. Ma ſi venga alla cauſa.

D. Antonio Giannettaſio, licitando per lui nella R. Camera della Summaria l' Avvocato Pierro, tolſe a fitto per 4. anni le gabelle, e le rendite della Città di Biſceglia. Per ſicurezza del pagamento, diè 1 Baron Gagliardi biglietto di ducati 4833. e gr. 33 ½ : ma eraſi prima ſtipulato iſtrumento per lo Notajo Gaetano Manduca, nel quale ſi erano il Giannettaſio, e'l Prete D. Ortenſio Vigilante obbligati *in ſolidum* a lor nome, ed a nome ancora di D. Niccolò Vigilante, che di quel tempo trovavaſi in Minervino, alla *indennità* del Gagliardi, ed al *premio* di annui duc. 145. Anche l'Avvocato Pierro intervenne all'iſtrumento, ed obbligoſſi *in ſolidum* co' ſuddetti D. Antonio, e D. Ortenſio a far sì, che D. Niccolò Vigilante ratificaſſe l' iſtrumento dentro lo ſpazio di due meſi dal dì di eſſo iſtrumento, che fu 'l dì 3. del meſe di Aprile dell' anno 1754: e, caſochè colui non ratificaſse, volle eſser tenuto *in ſolidum* alla ſuddetta *indennità*.

Il promeſso ratificamento non ſeguì nè dentro i due meſi, nè dappoi. E' vero, che conſegnò D. Ortenſio al Notar Manduca una copia d' iſtrumento, in cui ſi dicea, che D. Niccolò ratificava l' iſtrumento del dì 3. di Aprile; ma cotella ſcrittura ſi è trovata falſa: il

perchè D.Ortenſio ſi è fuggito, non ſi sa dove: nè ſe ne ha novella niuna. Intanto, non avendo il Giannettaſio pagato il fitto, ad iſtanza de' creditori della Città di Biſceglia, fu condannato il Baron Gagliardi al pagamento de' duc. 4833. in virtù del biglietto: e gli furono ſpedite contra le lettere eſecutoriali *realiter*, & *perſonaliter*, onde il poveruomo rifuggiſſi alla Chieſa, di cui è uſcito, due meſi ſono, per dilazione accordatagli da' creditori di ſoli 4. meſi, avendo prima pagato loro buona parte del debito. In queſto ſtato di coſe, iſtituì l'Avvocato Pierro un giudizio di *jattanza*, amaramente dolendoſi del Baron Gagliardi, del Prete Vigilante, e del Notajo, che per colluſione gli avean dato ad intendere, che aveſſe D. Niccolò veramente ratificato l'iſtrumento, onde trovataſi poi falſa la ſcrittura, aveſs' egli dovuto pagare al Gagliardi i duc. 4833., il premio, e qualunque altro intereſſe. Di cotelte amare doglianze ha riempito ancora una ben lunga Scrittura, che ha data fuori in ſua difeſa: ed uſando nella propria cauſa quelle infelici ſottigliezze, ch' e' non uſa di certo nelle cauſe di altrui, ſi è ſtudiato di dimoſtrare: I, che, avendo egli promeſſo il fatto alieno, era ſemplicemente tenuto di uſare le diligenze, perchè altri faceſſe; e che, avendole uſate in vano, è uſcito d' obbligo: II, che, quando ancor foſſe obbligato, ſarebbe tenuto qual fidejuſſore del Giannettaſio, e del Prete Vigilante: onde, primachè ſi diſcutan coſtoro, eſſer non può condannato a pagare. Io, per contrario, dimoſtrerò: I, che l' Avvocato Pierro promiſe il fatto proprio, cioè 'l rifacimento di tutti i danni, che avrebbe patiti il Gagliardi: II, che 'l promiſe come principale, non come fidejuſſore.

CA-

CAPO I.

L' Avvocato D. Niccolò Pierro promiſe il fatto proprio, cioè 'l rifacimento di tutti i danni, che avrebbe patiti il Gagliardi.

PRomette il fatto alieno chi promette, che altri 1
darà, o farà: promette il proprio fatto chi promette di fare, che altri dia, o faccia. Non ſi obbliga il primo; ma ben ſi obbliga il ſecondo. Così ſi legge nelle Iſtituta di Giuſtiniano (*a*): *Si quis alium daturum, facturumve quid promiſerit, non obligabitur, veluti ſi ſpondeat, Titium quinque aureos daturum. Quod ſi effecturum ſe, ut Titius daret, ſpoponderit, obligatur.* Or che promiſe l' Avvocato Pierro? E' non promiſe, che avrebbe il Vigilante ratificato l' iſtrumento: promiſe *di far ſeguire la ratifica;* dunque promiſe il fatto proprio, e reſtò per conſeguente al Baron Gagliardi obbligato. Si aggiunge, ch'e' ſi obbligò, non ratificandoſi l' iſtrumento, alla *indennità* del Gagliardi; cioè, al rifacimento de' danni, e dell' intereſſe, che avrebbe il Gagliardi ſofferto, come ſi eran D. Antonio, e D. Ortenſio obbligati nel medeſimo iſtrumento: la qual promeſſa è parimenti promeſſa di fatto proprio, ed obbliga efficacemente l' Avvocato Pierro, anche nel caſo, che aveſs' egli promeſſo il fatto alieno. Ulpiano, dopo aver detto (*b*): *Nemo alienum factum promittendo obli-*

(a) *Lib. 3. tit. de inut. ſtip. §. ſi quis 3.*
(b) *In L. ſtipulatio 38. pr. ff. de verb. obl.*

gatur, soggiunge (*a*): *At si quis velit factum alienum promittere, poenam, vel quanti ea res sit, potest promittere.*

Contra l' autorità di sì chiari, ed espressi testi di
2 Legge pretende l' Avvocato Pierro, che promettere di procurare, o di fare, che un terzo dia, o faccia, altro non sia, che promettere di usare le convenevoli diligenze, le quali, quandochè si sieno fedelmente usate, se vane riescono, non è'l *promissore* tenuto nè a pena, nè ad interesse. Tal' e' dice, che sia *il comun sentimento de' Dottori*, tra' quali è'l Presidente de Franchis, che scrive (*b*): *Primus casus est, quando aliquis promittit simpliciter se facturum, & curaturum, quod tertius aliquid tale faciet, & subjicit stipulationem poenalem: & in hoc primo casu, si fecit, quod potuit, liberatur, quia difficultas eum excusat.* Ne dà la ragione, *quia verba hoc important.*

Dunque assi a cercare il proprio significato del verbo *facere*, e del verbo *curare:* e non quel significato, secondo cui han tal volta i Latini usati cotesti verbi, ma quello, secondo il quale gli hanno usato le Leggi, parlando delle obbligazioni degli uomini. Ma primachè ne' libri della Legge una tal ricerca si faccia,
3 giova, che si mostri, non esser vero quelchè con troppa franchezza dall' Avvocato Pierro si afferma, che, *giusta il comun sentimento de' Dottori*, chi promette di fare, che un terzo faccia, prometta non altro, che le semplici diligenze. Certamente il contrario hanno insegnato gli eruditi interpetri delle Leggi senza contraddetto d' alcuno. Vaglia per tutto il solo Cujacio (*c*).

Par-

(a) *In d. L.* 38. §. 2.
(b) *Decis.* 624. *num.* 9.
(c) *In d. L.* 38. *edit. Neap. tom.* 1. *p.* 1187. *lit. E.*

Parlando costui di coloro, i quali credono, che *qui promittit se curaturum, si frustra fuerit diligens in monendo, & rogando, non tenetur, quoniam diligentiam tantum adhibere debet*, soggiunge: *quod sane sanus dixerit nemo*. Quando poi a' forensi, è vero, che molti han tenuta l'opinione dell'Avvocato Pierro; ma è vero altresì, che moltissimi, e forse i più dotti, han sostenuta la contraria, secondo la quale si è più volte giudicato nel S. Consiglio (*a*). Il Card. de Luca, certamente il più giudizioso tra tutti i forensi, maestrevolmente insegna (*b*), bastar le diligenze nel caso, che abbia taluno promesso un fatto meramente alieno, e non altro abbia promesso del suo, che le sole diligenze (ch'è 'l caso d'una Decisione della Ruota Romana (*c*), cui non doveva l'Avvocato Pierro citare in suo pro) ma non bastare nel caso, che abbia talun promesso di *fare*; poichè, promettendosi in tal caso più tosto il fatto proprio, che l'altrui, deve il *promissore*, quando la cosa non riesca, esser tenuto all'interesse (*d*): *Ubi promissio sit magis propria, quam aliena, quamvis pro implemento alienum factum admixtum sit, ac requiratur, puta quia promiserit quis facere consentire, vel facere accedere aliquem contractui* (non è questo il nostro caso?) *tunc, licet in verbis promissio videatur facti alieni, tamen vere est potius promissio facti proprii, quod promittens adimplere tenetur, alias ad quanti interest*. E perchè vegga l'Avvocato Pierro, quanto s'inganni, credendo, che chi promette di fare, è, *giusta il comun sen-*

ti-

(a) Thor. *comp. decis. tom.* 1. *verb.* promittens curare *pag.* 432.

(b) *De credito disc.* 124. *num.* 9.

(c) *Recent. p.* 13. *decis.* 119.

(d) *Dict. disc. n.* 8. *&* 9.

timento de' Dottori, alle sole diligenze tenuto, legga quel che 'l de Luca soggiunge: *& est de jure absolutum*. Non cita quel dotto Cardinale alcun luogo de' libri della Legge: ma ecco ne produco io uno, ov' è scritto, che chi promette di fare, che altri faccia, e, in caso contrario, di dare, non è scusato, perchè usi le possibili diligenze; ma necessariamente dee dare. Chi promette di presentare altrui, è chiaro, che promette di fare, che altri venga: e questo è 'l caso, di cui oggi si tratta. Or l'Imperadore Giustiniano cotesto caso trattando (a), dice, che, se chi promise di presentare altrui, *non potuit repraesentare*, deve onninamente *pecunias stipulatas inferre*. Notisi quì, che parla l'Imperador di colui, che *non potuit*. Dunque suppone, che usò colui tutte le diligenze, che potè il più, altrimenti dir dovea, che *non vulle*, non già, che *non potè* presentare.

Ora è tempo, che io mi faccia a cercare ne' libri
4 della Legge il proprio significato del verbo *facere*, e del verbo *curare*. Ecco un luogo di Cajo (b): *Si heres jussus sit facere, ut Lucius centum habeat, cogendus est heres centum dare, quia nemo facere potest, ut ego habeam centum, nisi mihi dederit.* Dunque *facere* non è un semplicemente adoperarsi, perchè la cosa riesca: è farla riuscire in fatti: nè può riuscire altrimenti, che se effettivamente dia od un terzo, o chi si obbligò. Nè si dica, doversi restringere il detto di Cajo al solo caso delle ultime volontà, le quali più pienamente s'interpetrano, che gli atti tra vivi; poichè non da ciò Cajo si mosse, ma dal vero e proprio significato del verbo *facere*, dicendo generalmente, *quia nemo potest facere*, &c. In fatti di cotesto luogo di Cajo si valsero il Cujacio

(a) *In L. sancimus 26. C. de fidejussoribus.*
(b) *In L. si heres 73. ff. de leg. 1.*

cio (*a*), il Vinnio (*b*), ed altri per dimoſtrare, che chi per atto tra' vivi prende ſopra di se l'obbligo di fare, che altri faccia, ſe quell' altro non fa, dee dare del ſuo. Ma eccone due altri, ove ſi parla d'atti tra' vivi. Celſo (*c*), ed Ulpiano (*d*) propongono una ſtipulazione, in cui Tizio promette di procurare, che Mevio dia diece a Cajo. In queſto caſo, che è 'l noſtro appunto, l' Avvocato Pierro a che obbligherebbe Tizio? Giuſta il *comun ſentimento de' Dottori*, l' obbligherebbe alle ſole diligenze. Ma Celſo, ed Ulpiano l' obbligano a molto più. E' voglion, che Tizio o paghi diece, o dia un idoneo *eſpromiſſore* (*e*): *Eum, qui decem dari ſibi curari ſtipulatus ſit, non poſſe decem petere, quoniam poſſit promiſſor reum locupletem dando liberari, Labeo ait.* Dunque, quandochè ſi prometta di *fare*, o di *procurare*, voglion le Leggi, che per coteſti verbi ſi ſpieghi non la ſemplice diligenza, che ſi uſa, perchè la coſa rieſca, ma l'effetto, e la perfezion della coſa. Piacemi di recar in mezzo un' autorità del Cujacio. Parlando coſtui di chi promette *ſe curaturum*, ſcrive (*f*): *Curare effectum ſignificat, ut apud Tullium ſaepe, curare pecuniam, vel numos, ideſt praeſtare, & adnumerare. Igitur, qui curare debet, non ſatagere, ſed agere id, & perficere debet:* e, parlando di chi promette di *fare*, per argomento tratto dal ſoprarrecato teſto di Cajo, ſcrive (*g*):

Face-

(a) *In L. 67. de verb. obl. edit. Neap. tom. 1. p. 1210. lit. B.*

(b) *In §. 3. Inſt. de inut. ſtip.*

(c) *In L. ſi ego 42. §. 1. ff. de reb. cred.*

(d) *In L. illa ſtipulatio 67. §. 1. ff. de verb. obl.*

(e) Ulp. *in d. L. 67. §. 1.*

(f) *In d. L. 38. pag. 1188. lit. A.*

(g) *In d. L. 67. d. tom. 1. pag. 1210. lit. B.*

Facere, dandi ſignificationem habet. Ed è quì da oſſervare, che più promette, chi promette di *fare*, che, chi promette di *procurare*. Chi promette di *procurare*, ha la libertà o di pagare, o di dare un idoneo *eſpromiſſore*. Chi promette di *fare*, dee neceſſariamente pagare, nè può delegare altrui, che paghi: *Curare*, ſon parole dello ſteſſo Cujacio (*a*), *non tantum adnumerare eſt, ſed & delegare alium, qui adnumeret. Facere, dandi ſignificationem habet*. Dunque, avendo l'Avvocato Pierro promeſſo di *fare*, non ſi libererebbe altrimenti, che pagando. Se dar voleſse al Baron Gagliardi un idoneo *eſpromiſſore*, non ſi libererebbe di certo.

Ma voglio io, nulla oſtanti le contrarie Leggi, ſeguire l'error di coloro, che delle ſole diligenze contentanſi. Anche ſecondo coteſta opinione, dee l'Avvocato Pierro pagare. Il Preſidente de Franchis, della cui autorità l'Avverſario ſi vale, eſpreſſamente dice, che dove talun prometta di procurare, o di far *con effetto*, che altri faccia, le mere diligenze non baſtano, poichè l'effetto non ſi verifica nelle ſole diligenze (*b*): *Fallit iſta concluſio, quando eſt dictum, quod faciet, vel curabit cum effectu, ex quo in ſolo conatu non verificatur effectus*. La Ruota Romana, cui anche cita per se l'Avvocato Pierro, lo ſteſſo inſegna (*c*) di qualunque altra clauſula *equipollente*. Or con quali clauſule ſi obbligò egli al Gagliardi? Diſſe, che avrebbe *fatto ſeguir la ratifica*. Tanto è *far ſeguire*, quanto è *far con effetto*, non eſſendo altro l'effetto, che la conſeguenza dell'opera, che uſar ſi dovea. Diſſe, che ne avrebbe fatto *produrre copia autentica al Notajo*. Se coteſto non è pro-

(a) *Dict. pag.* 1210.
(b) *Dict. deciſ.* 624. *num.* 9.
(c) *Dict. deciſ.* 119. *num.* 3.

è prometter l' effetto, qual sarà mai? Disse, che prometteva l'*indennità* del Gagliardi, *qualora non seguisse la ratifica:* e finalmente spiegò egli il caso, in cui non sarebbe tenuto, per le seguenti parole: *Però, seguita che sarà la suddetta ratifica, non resti il detto Signor Pierro tenuto, nè obbligato ad altro*: Ecco il caso, e 'l solo caso, nel quale usciva d'obbligo l' Avvocato Pierro. Il caso era, se fosse *seguita la ratifica*. Dunque, non essendo seguita, resta ancora obbligato. Or è questo il caso, in cui siamo? No di certo. Pretende l' Avvocato Pierro di non esser tenuto, tuttochè la *ratifica* non sia seguita, perchè si usaron da lui le possibili diligenze. Questo è un caso non preveduto nell'istrumento, anzi chiaramente escluso da' contraenti.

Conoscendo l' Avvocato Pierro, che gli son contrarie le clausule dell' istrumento, ricorre alle congetture della volontà. Cita un luogo del Card. de Luca, ov' è 6
scritto (*a*), doversi attendere nelle promesse, che fa taluno del fatto alieno, la *verisimile volontà* de' contraenti, non la *formalità* delle parole.

Vera è la massima, ed è vera in tutti gli atti umani, secondochè Ulpiano insegnò (*b*): *Semper in stipulationibus, & in caeteris contractibus id sequimur, quod actum est*. Ma si vuol notare, doversi cotesta massima intender del caso, che le parole sien dubbie: nel qual senso comunemente si prende il detto di Ulpiano (*c*). Dove le parole son chiare, aver dee luogo la regola datagli primamente da Servio, indi da Celso (*d*), esser da credere, che quello abbian voluto i contraenti, che

(a) *De cred. disc. 124. num. 14. & 15.*
(b) *In L. semper 34. ff. de reg. jur.*
(c) *J. Gotb. in dict. L. 34.*
(d) *In L. Labeo 7. §. 2. ff. de supell. leg.*

per le parole ſi eſprime: e comechè d' ordinario poco conto ſi tenga delle formole degl' iſtrumenti, come di quelle, che ſi ſogliono apporre più per uſato ſtil de' Notaj, che per volontà de' contraenti, nondimeno ſe ne dee tener gran conto, quando per eſse ſi obbliga un Avvocato, il qual ſi preſume, che le intenda, e le faccia apporre di ſua volontà.

Ma ſiano dubbie le parole dell' iſtrumento, e per
7 mere congetture la preſente cauſa ſi decida. Il Card. de Luca, nel luogo dall' Avverſario citato, vuol, che ſi oſservi, ſe quel, che ſi è promeſso, ſia tale, che *alias*
8 *actus initus non fuiſſet*. Or conſiſtendo le diligenze *in monendo, & rogando*, come ben avviſa il Cujacio (*a*), mi riſponda l' ingenuo Contraddittore. Se nel tempo dell'iſtrumento aveſs' egli detto al Baron Gagliardi: *Io ammonirò, e pregherò D. Niccolò Vigilante, che ratifichi l' iſtrumento; ma ſe non vorrà colui ratificarlo, non intendo di eſſer tenuto a nulla*; ſi farebbe il Baron Gagliardi obbligato per 4833. ducati? E' mi dee riſponder di no; poichè non eſsendoſi contentato il Gagliardi dell' obbligo di D. Antonio, e di D. Ortenſio, ed avendo voluto a se obbligato anche un terzo, è da preſumere, che l' aveſse voluto effettivamente obbligato: e ciò volendo, non potea contentarſi delle ſemplici diligenze dell' Avvocato Pierro, le cui preghiere non doveva egli avere per cotanto efficaci. E quì ſi ritorca contra l' Avvocato Pierro un argomento, ch' e' propone contr' al Gagliardi. Scrive l' Avvocato Pierro per l' autorità del medeſimo Card. de Luca, doverſi oſservare nelle promeſse del fatto alieno, ſe la perſona, il cui fatto promettesi, ſia, o non ſia ſuggetta al *promiſſore*; ed eſser da preſumere, che alle ſole diligenze ſi obbli-

ghi

(a) *In d. L. 38. d. p.* 1487. *in. E.*

ghi chi promette il fatto di colui, che non gli è ſuggetto: donde ricava, che non eſsendogli ſuggetto in alcun modo D. Niccolò Vigilante, ſi obbligò egli alle ſole diligenze. Io non voglio farmi ad eſaminare, quanto vaglia, e ſe ſola baſti coteſta oſservazione. Solamente dico, che appunto perchè ſapeva il Gagliardi, che D. Niccolò Vigilante non era perſona ſuggetta all' Avvocato Pierro, non dovea delle coſtui preghiere reſtar contento; poichè chi è colui, che poſsa luſingarſi, che perſona non ſuggetta ſi laſci indurre per preghiere a promettere l' *indennità* di altrui? Ma non ci è uopo di congetture. Di qualunque dubbio ci trae lo ſteſso Avvocato Pierro, che nel principio di ſua Scrittura racconta il fatto così. *Nell' atto della ſtipula impreſe ſuor del convenuto il Gagliardi, che non voleva dare il ſuo biglietto, ſe prima non ratificavaſi l' iſtrumento da D. Niccolò Vigilante.* Chi non vuol dare il biglietto, primachè ſi ratifichi l' iſtrumento, moſtra di volere l' effettivo ratificamento di quello, e di non contentarſi delle ſole diligenze. Dice di più l' Avvocato Pierro, ch'e' *di una tal novità ſi riſentì col Gagliardi*; ma che coſtui, *che volea ſenza meno obbligato lui, ſi oſtinò, che avrebbe dato il biglietto, qualora ſi foſſe anche il Pierro obbligato. L' oſtinazione* del Gagliardi moſtra ben chiaro, ch' e' non ſi contentava, che 'l Pierro ſi obbligaſſe alle ſemplici diligenze. Ma chiaramente ſpiega il medeſimo Contraddittore, a che 'l volle il Baron Gagliardi obbligato, dicendo, che colui *ſi oſtinò, che avrebbe dato il biglietto, qualora ſi fuſſe anche il Pierro obbligato all' ADEMPIMENTO DELLA RATIFICA*. Gran mercè all' Avvocato Pierro, che finalmente di qualunque dubbio ci ha tratti. *L' adempimento della ratifica* voleva il giudizioſo Baron Gagliardi, non le ſemplici diligenze. Ma molte altre coſe l' Avvocato

Pierro soggiunge, che non sono da tralasciare: *Ripugnò il Pierro, dicendo, che in quel negozio egli altra figura non faceva, se non se di Avvocato*. Primachè si vada innanzi, mi dica l' Avvocato Pierro, se 'l voleva il Gagliardi obbligato alle mere diligenze, egli, che cotanto è gentile, perchè *ripugnava*? Finalmente, quando avesse scritto al Vigilante una lettera pregandolo, che ratificasse l' istrumento, sarebbe uscito d' obbligo. Era una grandissima discortesia negar cotest' uffizio ad un amico. Si vada ora innanzi. Segue a dire l' Avvocato Pierro, *che giammai in sua vita egli avea fatta pleggeria alcuna*. La cosa ora è tutt' altra. Si parla di *pleggeria*. Dunque non ci ha più luogo a *semplici diligenze*. Si vada anche innanzi, e si vegga, che ebbe nell' animo l' Avvocato Pierro, quando si obbligò. *Ma scorgendo l' ostinazione del Gagliardi . . . . . da dura necessità costretto, s'indusse finalmente a consentire*. Ricorre l' Avvocato Pierro *alla dura necessità*, alla quale soglion ricorrere gli uomini, quandochè diano qualche gran passo, cui non darebbero altrimenti. Ed un uomo cotanto gentile, quanto è l' Avvocato Pierro, non iscrive una lettera, od altra simigliante diligenza non usa per un amico, e per fare il pro de' suoi Clienti, cui giovava d' assai il biglietto del Baron Gagliardi, se *dura necessità* nol costringa? Pensi così di lui chi forse ignora il di lui dolce e soave costume. Io ne penso altrimenti.

Che se crede ancora l' Avvocato Pierro, ch' e' si obbligò alle sole diligenze, come può difendersi contra un pubblico istrumento, s' e' prontamente non mo-
9 stra di averle usate? Le diligenze, come cosa di mero fatto, si han da provare (a). E non gli gioverebbe la pruova

(a) Rot. Rom. *p.* 14. *decis.* 41. *num.* 3.

pruova di qualunque diligenza. Concioſiachè, giuſta il ſentimento de' più dotti (*a*), le diligenze eſser debbano *eſatte* ed *eſquiſite*; richiederebbeſi ancora la pruova della qualità di eſſe. Or coteſte neceſsariiſſime pruove mancan del tutto: anzi per la ſteſsa Scrittura dell' Avvocato Pierro manifeſtamente ſi pruova, ch' e' non ſi brigò molto, nè poco del promeſso ratificamento. Nel dì 3. del meſe di Aprile promiſe il Pierro di far ratificare dentro due meſi l' iſtrumento della *indennità* del Gagliardi. Egli medeſimo ſcrive, che *nella fine del meſe di Aprile fu avviſato da D. Ortenſio di eſſere già venuta la copia dell' iſtrumento di ratifica*: e che 'l trovò poi falſo in capo a due anni. Dunque l' Avvocato Pierro non iſcriſse nè meno una lettera a D. Niccolò Vigilante; poichè, ſe gliel' aveſse ſcritta, gli avrebbe colui riſpoſto, che non intendea di obbligarſi, e non avrebbe egli tanto tempo creduto per errore, che aveva il Vigilante ratificato l' iſtrumento della *indennità*.

CAPO II.

L' Avvocato D. Niccolò Pierro ſi obbligò come principale, non come fidejuſſore, e ſeguentemente non gli compete l' eccezione della eſcuſſione.

CHe in virtù dell' iſtrumento del dì 3. del meſe d' Aprile ſi foſse l' Avvocato Pierro obbligato come principale, non è da dubitare in alcun modo. Quivi ſi legge, che obbligoſſi colui *IN SOLIDUM con D.*

An.

(a) Hodiern. *ad* Surd. *deciſ.* 234. *num.* 5.

Antonio, *e con D. Ortensio*, cosochè 'l Vigilante non ratificasse quell' istrumento, *alla indennità* del Baron
10 Gagliardi. Or si sa, che chi si obbliga *in solidum* con altri, si fa *correo di dovere*: nè ci ha chi, essendo mezzanamente versato nello studio delle Leggi, possa ignorare, che i *correi di dovere* son tutti, e sempre principalmente obbligati (*a*).

11 Oppone l'Avvocato Pierro quel, che'l Bartolo insegnò (*b*), che 'l *correo di dovere*, a cui non si appartiene principalmente l'affare, aver si dee come un semplice fidejussore: *Dico, quod si alter correus ostendit, negotium ad alium totaliter pertinere, & ideo petit alium primo discuti ipsius periculo, & impensis, actor cogitur hoc facere.*

Rispondo esser la dottrina del Bartolo contraria a' più saldi principj della Romana Giurisprudenza. Vo-
12 glion le Leggi, che non ci sia differenza tra l' obbligazion d' un *correo*, e l' obbligazion d' un altro *correo*; onde il Venulejo (*c*) elegantemente le chiama, *obligationes ejusdem potestatis*. Per contrario vogliono, che tra l' obbligo del reo principale, e l' obbligo del fidejussore, quella differenza ci sia, ch'è posta tra l' accessorio, e'l principale (*d*). Or come si può intendere, che l' obbligazione d' un *correo*, la quale di sua natura è principale, mutando ad un tratto qualità, diventi accessoria, perchè l' affare all' altro *correo* principalmente appartiene? Non deve al creditore importare, se a tutti e due i *correi*, o ad un solo di essi principalmente spetti l' affare, bastandogli di contrarre con colui, che può,

(a) *L. in duobus 3. §. 2. ff. de duob. reis.*
(b) *In d. L. 3. §. 1. num. 15.*
(c) *In L. si reus 13. ff. de duob. reis.*
(d) *Dict. L. in duobus 3.*

può, e vuole obbligarsi principalmente, e in ogni caso (*a*): e dee per contrario di se dolersi, nè degno di compatimento è colui, che, sapendo di non appartenergli si principalmente l'affare, si è obbligato a pagare, come principale: *non meretur*, scrive in un simigliante caso Ulpiano (*b*), *qui ipse sibi necessitatem satisdationis* (dirò io, *solutionis*) *imposuit*. Così dottamente ragiona il Fabro, impugnando la dottrina del Bartolo (*c*): *Mihi traditio ista semper suspecta, & falsa esse visa est; nihil enim dici potest tam contrarium obligationi correorum debendi, quam ut excuti unum oporteat, priusquam adversus alterum agi possit. Siquidem non aliter possunt fieri correi debendi, quam si singuli non solum in solidum obligentur, sed etiam aeque principaliter, ac ita ut nulla prorsus obligationum sit differentia . . . . . neque curiosus esse debet creditor, in cujus utilitatem, aut quam in rem expendatur pecunia credita, dummodo cum eo contrahat, cui licitum sit in omnem casum se obligare: sibique potius imputare debet is, qui, quum sciret pecuniam ad se non perventuram, ultro se correum debendi constituit; nam sicuti nemo invitus fit correus debendi, ita nec facile succurrendum est ei, qui sibi ipse solutionis necessitatem imposuit.*

Nè solamente a' principj della Romana Giurisprudenza è contraria la dottrina del Bartolo, ma eziandio alle regole, onde si giudica cotidianamente nel foro. La dottrina del Bartolo è stata ne' Tribunali ricevuta così. Se due principalmente, ed *in solidum* si obbligano ad un terzo, quel *correo*, cui l'affare principalmente non tocca, è fidejussore per rispetto dell'altro *correo*, 13.

di

(a) *L. doli exceptio 19. in fin. ff. de novat.*
(b) *In L. si fidejussor 7. §. 1. ff. qui satisd.*
(c) *Conject. lib. XI. cap. 1.*

Digitized by Google

di cui è l' intereſſe ; ma è principale per riſpetto del terzo , il quale avendogli fatti obbligare amendue *in ſolidum* , la fede di amendue ha ſeguito : onde, come principale, dee pagare al creditore l'intera ſomma, ſenzachè alcuna eccezion gli competa: e, come fidejuſſore, ripeterà dall' altro *correo* quel , che ha pagato . Ecco la bella teſtimonianza, che ce ne rende il Card. de Luca (*a*): *Ubi per duos ad favorem tertii aeque principaliter fit promiſſio , ſeu obligatio , quamvis , ubi negotium ad unum eorum tantum pertinet , ille revera dicatur principalis, alter vero fidejuſſor , hoc tamen procedit inter ſe , non autem quoad creditorem , qui ambos dicitur habere in correos principaliter obligatos: & eſt propoſitio in foro quotidiana*. Eccone ancora un' altra molto più chiara (*b*) : *Licet pecunia tota perveniſſet ad Laelium , qui in effectu cenſendus erat principalis debitor , Mutius vero fidejuſſor ; attamen id procedebat inter ſe ipſos, ad effectum , ut iſte ab illo relevandus veniret , non autem reſpectu creditoris , cujus reſpectu, quum uterque eſſet obligatus principaliter , & in ſolidum , ambo dicebantur principales correi , quorum fidem aeque principaliter creditor ſequutus erat . . . & eſt propoſitio quotidiana , & recepta*. Lo ſteſſo aveva inſegnato per comun ſentimento de' Dottori l' accuratiſſimo Arias de Meſa (*c*).

Ma vuole l' Avvocato Pierro eſſer fidejuſſore anche per riſpetto del creditore? E che gli giova? E' ſi obbligò principalmente a favor del Gagliardi : e tanto baſta, perchè perda il beneficio della *eſcuſſione* . E nel
14 vero , ſe per regola di buona interpetrazione debbono le parole prenderſi in modo , che operino qualche co-

ſa

(a) *De dot. diſc.* 19. *num.* 4.
(b) *De feud. diſc.* 100. *num.* 2.
(c) *Reſol. lib.* 2. *c.* 14. *num.* 4.

sa (*a*); il fidejussore, che dice di obbligarsi *in solidum*, come si obbliga il principale, certamente vuol dire, ch' e' si obbliga rinunziando al benefizio della *escussione*, cui ben può non meno tacitamente, ch' espressamente rinunziare: altrimenti contraddirrebbe a se medesimo: *Verba contrahentium*, dice il Fachineo (*b*), *ita sunt accipienda, ut aliquid operentur, & ne superflua sint. Ergo, ut aliquid operentur illa verba, quibus fidejussor obligat se tanquam principalem debitorem, dicendum omnino videtur, non habere locum excussionis beneficium. Haec sententia majorem mihi verisimilitudinem habere videtur ea ratione, quod hujuscemodi fidejussoris obligatio videatur continere tacitam renunciationem beneficii excussionis; nam si fidejussor vult se obligatum tamquam principalem debitorem; ergo non vult gaudere beneficiis fidejussorum, quia hoc implicaret maximam repugnantiam.*

Ma comechè non sia da dubitare, che 'l fidejussore, obbligandosi *in solidum*, tacitamente rinunzj al beneficio della *escussione*, nondimeno, perchè non consenton le Leggi, che due si facciano *correi di dovere* in diversi tempi (*c*), son quì da distinguer due casi. L' uno è, quando il fidejussore si obbliga principalmente ed *in solidum* in un istrumento diverso da quello, nel quale il principale si obbligò: l'altro è, quando si obbliga il fidejussore nel medesimo istrumento. Nel primo caso, può 'l fidejussore opporre l'eccezion della *escussione*: nel secondo, inutilmente l'oppone. Il dotto Arias de Mesa, che meglio, che altri esaminò cotesto punto

15 16 17

(a) *L. si quando* 109. *de leg.* 1, & *cap.* 10. *de priv. in VI.*

(b) *Contr. lib.* 8. *cap.* 54.

(c) *L. duos* 6. §. *ult. ff. de duob. reis.*

in due *Capi* interi delle sue *Risoluzioni* (*a*), avvertì (*b*), che sebben *molto plausibile* sia l' opinione del Fachineo, non dobbiam però dipartirci *in judicando, & consulendo* dalla suddetta distinzione. Poichè dunque l' Avvocato Pierro ad un tempo, e nel medesimo istrumento si obbligò, non troverà Dottore, che 'l benefizio della *escussione* gli dia.

Ma perchè ho voluto io farla sì lunga? L' Avvocato Pierro a cotesto benefizio espressamente rinunziò. Le parole dell' istrumento sono: *E finalmente essi Signori costituti con giuramento avanti di noi rinunziano beneficio discussionis.*

Non degna dell' Avvocato Pierro è la risposta, ch' e' rende. Dice, che i *costituti* sono i soli D. Antonio, e D. Ortensio, i cui nomi son posti nel principio dell' istrumento. Io sì strana risposta non mi aspettava da lui. Tutti coloro, che a qualche cosa si obbligano alla presenza del Notajo, in qualunque parte dell' istrumento sien posti i lor nomi, diconsi *costituti*. Oltre a ciò, leggendosi quelle parole nel fine dell' istrumento, e dopo il §., in cui si era l' Avvocato Pierro obbligato; è manifesto, che la voce *costituti* comprende anche lui.

Di Casa il dì 11. del mese di Giugno dell' anno 1756.

H. Scrit.

(a) *Lib.* 2. *cap.* 13. *&* 14.
(b) *Cap.* 13. *num.* 9.

II. Scrittura per lo Barone D. Giuseppe Gagliardi contra l' Avvocato D. Niccolò Pierro.

L' Avvocato D. Niccolò Pierro, che nell' istrumento del dì 3. del mese di Aprile dell'anno 1754. erasi obbligato alla indennità del Baron D. Giuseppe Gagliardi, caso che quell' istrumento non si ratificasse da D. Niccolò Vigilante, fu nel dì 7. del mese di Febbrajo di quest'anno 1757. condannato al rifacimento di tutti i danni; perchè falso si trovò l' istrumento di *ratifica* presentato dal Prete D. Ortensio Vigilante al Notajo D. Gaetano Manduca. Era cotanto chiara la ragion del Gagliardi, che fu quel decreto interposto da sei dottissimi Consiglieri senza contraddetto di alcuno. Si sarebbe perduto d'animo ogni uom più franco; ma non si perdè d'animo l' Avvocato Pierro. Nel dì 14. del sudderto mese di Febbrajo, propose contra cotesto decreto diciotto capi di nullità. Alla più gran parte di essi non è mestier, che io risponda. Le risposte sono nella mia I. Scrittura: ad alcuni pochi mi so ora a rispondere: e gli riduco a tre proposizioni.

PROPOSIZIONE I.

L' Avvocato Pierro, avendo promesso di fare, che D. Niccolò Vigilante ratificasse l' istrumento della indennità del Baron Gagliardi, non è ad altro per Legge obbligato, che *ad id, quod interest* al Gagliardi; cioè, a rifar quel danno, che, non ratificandosi da co-

lui l'istrumento, ne avrebbe il Gagliardi patito. Or l'estimazione di cotesto danno, dee farsi secondo le facoltà del Vigilante: e costui certamente è un uom poverissimo, siccome costa dalla fede del catasto di Solofra, ov'egli è nato, e dalla fede degli amministratori di Minervino, ove da più anni dimora: onde, se avesse ratificato l'istrumento, il Gagliardi niuna, o poca utilità ne avrebbe ritratta: e seguentemente, non avendolo ratificato, niun danno, o molto poco glie n'è venuto.

RISPOSTA.

COtesta proposizione dee sola bastare a spaventar qualunque più dotto Avvocato dal difendere la propria causa. Ecco in quali, e quanti falli trabocca il dotto D. Niccolò Pierro, scrivendo per se medesimo. Ne' catasti non tutte le rendite si debbon descrivere: e quelle, che vi debbono esser descritte, il più delle volte non vi si descrivono intere: e poi le fedi de' catasti non provano contra 'l terzo. La fede, che fanno gli amministratori della Università di Minervino, non val più, che qualunque fede privata: e le fedi private non vaglion nulla: nè dicesi in quella fede, che D. Niccolò Vigilante sia povero. Dicono quegli amministratori, che 'l Vigilante *non possiede in Minervino stabile alcuno*: indi soggiungono: *Se 'l medesimo poi abbia crediti, od altro, o viva assolutamente con la sua professione di medico, non lo potemo noi attestare, per non essere nella nostra notizia.* Le ricchezze non sono poste ne' soli stabili: onde ben può stare, che 'l Vigilante non abbia stabili, e sia uom ricco. Nullo vo' dire d'un attestato di quattro onestissimi cittadini di Minervino, che d'ordine del Governadore del luogo, e dal medesimo Governadore trascelti, dicono, che D. Niccolò Vigilante

era

era per lo ſpazio di cinque anni vivuto in quella Città *ſempre con un tenore di oneſta comodità*; poichè alla troppa chiara ragion del Baroue, naſcente da un pubblico iſtrumento, non aggiungeſi luce per atteſtati. Intendo io di dimoſtrare, che quante pruove nella preſente cauſa ha fatte l'Avvocato Pierro, non vagliono nè molto, nè poco. S'egli poteſſe per un momento diſgombrar l'animo ſuo di quella paſſione, che nelle cauſe proprie tanto c'imgombra, conoſcerebbe meglio, ch'altri, che quando anche aveſſer quelle due fedi la forza di due pubblici iſtrumenti, e coſtaſſe per eſſe, che D. Niccolò Vigilante non ha nè ſtabili, nè induſtrie, nè contanti, nè altro; ſolamente ne ſeguirebbe, ch'è povero in Solofra, ed in Minervino, non già, ch'è povero in altro luogo di queſto vaſtiſſimo Reame: e che, quando lo ſteſſo atteſtaſſero di lui tutti gli amminiſtratori di tutte le Univerſità del noſtro Regno, non ſarebbe coteſta la pruova legittima della di lui povertà; perchè potrebbe eſſere ricco altrove dentro l'Italia, o fuori.

Ma ſia povero più, che non fu l'antico Iro, di cui 18
più povero la Grecia non ebbe (*a*): coteſta eſtrema povertà del Vigilante al Pierro non giova, o ſi attenda quel, che ſi eſpreſſe nell'iſtrumento, od attendaſi la diſpoſizione del jus comune. Nell'iſtrumento due caſi ſi eſpreſſero: l'uno, in cui dovea l'Avvocato Pierro reſtare obbligato alla indennità del Gagliardi: l'altro, in cui era ſciolto del tutto. Reſtava obbligato, ſe la *ratifica non ſeguiva*, come di fatto non ſeguì. Era ſciolto, ſe quella ſeguiva. Dunque il caſo, nel quale ceſſava l'obbligo del Pierro, era ſol uno, cioè, ſe *la ratifica ſeguiva*. Il caſo, nel quale ſia fuori d'obbligo il Pierro, anche *non ſeguita la ratifica*, perchè ſebben

ſolse

(a) Ovid. *Triſt. lib. 3. eleg. 7. v. 52.*

fosse seguita, non avrebbe giovato al Gagliardi per la estrema povertà del Vigilante, è un caso del tutto nuovo non espresso nell' istrumento: e tanto basta, perchè si abbia a credere, che non si sia voluto da' contraenti. All' Avvocato Pierro è ben nota la massima, che la
19 questione cotanto frequente nelle scuole, e nel foro, se la disposizione si possa estendere dal caso espresso al caso non espresso, ha luogo nelle sole ultime volontà, le quali, come Paolo dice (*a*), *plenius interpretantur*; non già ne' contratti, ne' quali allo scriver di Celso (*b*), *nisi quid palam verbis exprimitur, omissum intelligendum est*. Ci è anche di più. Cotesto nuovo caso non solo non esprimesi nell'istrumento; anzi, per contrario, espressamente si esclude. Quivi è scritto. *Qualora non seguisse la ratifica suddetta, l' istesso Sign. Pierro si contenta di restar' obbligato, siccome si obbliga in solidum colli suddetti D. Ortensio, e D. Antonio alla suddetta indennità, ed a quanto si sono li medesimi nel presente istrumento obbligati.* E' chiaro, che nel caso della *ratifica*
81 *non seguita*, l'obbligo, che sopra di se prese il Pierro, comprendeva l'intera indennità del Gagliardi; non quella sola parte, che, giusta le facoltà del Vigilante, ne avrebbe colui conseguita. E' chiaro ancora, che in quel caso, l'obbligo del Pierro si dovea misurare non secondo quel, che potea D. Niccolò Vigilante, ma secondo quello, a che si erano obbligati D. Antonio, e D. Ortensio: e costoro si obbligaron di certo alla intera indennità.

Non si è detto ancor tutto. Posto che poverissimo sia D. Niccolò Vigilante: e posto ancora, che si fosse il

(a) *In L. in testamentis 12. de reg. jur.*

(b) *In L. quidquid 99. de verb. obl. V.* Accurs., & Wisenbach. *in d. L. 12.*

il Pierro obbligato non alla intera indennità del Gagliardi, ma solamente a quel, che poteva al Gagliardi importare la *ratifica* dell' istrumento; potrebbe dire il Gagliardi, che, se D. Niccolò Vigilante, il qual facea sua dimora ne' contorni del luogo, ove l'affar si trattava, avessevi avuta parte, sarebbe quello riuscito a bene, e non avrebbe egli sofferto que' danni, che soffre per la mala amministrazione d' altrui: potrebbe il Gagliardi giustamente pretendere, che l'industria, e la fede di cotesto poverissimo uomo gl'importava assai più, che qualunque ricchezza: *Plerumque idonei*, diceva il giurisconsulto Pomponio (*a*), *non tam patrimonio, quam fide quoque aestimantur:* e si sa, che l' opera, e l' industria cotanto dalle Leggi si apprezza, che ben si può contrarre società tra due, l' un de' quali dia tutto il danaro, l' altro presti l' opera sola, ed abbia la metà del lucro, *quia saepe opera alicujus pro pecunia valet* (*b*). Non è poi cotesto, che dir potrebbe il Gagliardi, un mero possibile: è cosa reale ed effettiva: e cene dà, nol volendo, una chiarissima pruova lo stesso Pierro. Ha egli ad altro fine prodotto un istrumento stipulato un dì dopo l' istrumento della indennità, nel quale D. Antonio, e D. Ortensio Vigilante, eleggono in *amministratore* del negozio il suddetto D. Niccolò: argomento ben grande della di lui probità, e diligenza.

Ma si dica quel, che più importa. Se nell' istrumento si fosse detto, che 'l Pierro si obbligava *a far seguire la ratifica*, e non altro; in cotesto caso non ad altro sarebbe obbligato, che *ad id, quod interest*. Ma fatto sta, che gli obblighi, ch' e' tolse sopra di se nell' istrumento, furon due, l' uno di *far seguire la ratifica*, l' altro

(a) *In L. si quis stipulatus* 112. §. 1. *de verb. obl.*
(b) *Inst. lib.* 3. §. 2. *de societ.*

l'altro della indennità del Gagliardi, quandochè la *ratifica* non seguisse: il qual secondo obbligo comprende l'intera indennità: tanto più, che si soggiunse nell'istrumento, *ed a quanto si sono D. Antonio, e D. Ortensio obbligati*. Cotesta indennità nella più gran parte era certa, nel rimanente era incerta. Era certa per ducati 4833, e gr. 33, cui diceva il Barone nel suo biglietto di tenere in deposito, e per gli annui 145, che gli si doveano per premio pagare. Era incerta per gli danni, e per le spese, cui sarebbe, forse per causa del suddetto biglietto, il Baron soggiaciuto: e così distinguesi nell'istrumento. Seguentemente il secondo obbligo era parimenti nella massima parte certo, nel rimanente incerto. Ma, per contrario, il primo contenente quel solo, che al Baron Gagliardi importava, era incerto del tutto. Secondo la diversa qualità di cotesti due obblighi, son diversi gli effetti legali. Posto il primo obbligo, dovrebbe fare il Gagliardi la difficilissima pruova di quel, che gli poteva importare la *ratifica* dell' istrumento, e dovrebbe dipendere dall' arbitrio del Giudice, che dar gli potrebbe tutto, o parte: e forse an-
22 che nulla. Ma, posto il secondo obbligo, del quale oggi si tratta, non dee fare il Gagliardi alcuna pruova, e cessa del tutto l'arbitrio del Giudice, il quale, come prima gli vien presentata la convenzione contenente certa quantità, tosto deve ordinarne l'esecuzione, senza che più si cerchi, se la cosa tanto, o meno importava. Ecco un bel luogo del Vinnio (a): *Est vero id quod interest incertum duplici ratione, ab eventu ipsius rei, & a probatione. Prior incertitudo indicatur definitione ejus, quod interest: sic enim definitur, ut sit, quod nobis abest, quodque lucrari potuimus. Ut ergo quid ne*

stra

(a) *In §. 7. Inst. de verb. obl. num. 4.*

ſixa interſit, hinc pendet, ſi quid amiſimus ob id, quod factum non eſt, quod fieri debuit; aut ſi quid lucrari potuimus, ſi factum eſſet, quod promiſſum eſt, quod quia factum non eſt, lucrati non ſumus: totum vero hoc incertum eſt, quod hic amittamus, aut lucremur; fierique poteſt, ut ſi non fiat, quod promiſſum eſt, alias plus, alias minus amittamus, interdum etiam ut nihil: ſecundum quae eadem quoque ejus, quod intereſt, aeſtimatio facienda. Inde dictum, quatenus cujuſque interſit, in facto, non in jure conſiſtere. Ratione quoque probationis incertum eſt id, quod intereſt; neque enim facile probatu eſt, habuiſſe nos aliquid, & propter ceſſationem, aut factum promiſſoris amiſiſſe: item nos aliquid lucri facere potuiſſe, ſi factum eſſet, quod debuit, & quia factum non ſit, ideo eo lucro nos excidiſſe. Quum autem id, quod in vero eſt, probari non poteſt, illud incommodum ſequitur, quod id quod intereſt, ad minimam ſummam deducatur. Huic ergo incertitudini, atque incommodis, ſi occurri poteſt poenam ſtipulationi ſubjiciendo, nemo non fatebitur, optimum eſſe, ſi quis ut fiat aliquid ſtipuletur, poenam ſubjicere, ut ſi ita factum non erit, certa pecunia poenae nomine praeſtetur. Nam poenae ſtipulatio certa eſt & a re ipſa, & a probatione. A re, quia certa quantitas verbis ipſius ſtipulationis comprehenſa eſt: a probatione, quia non alia hic probatione opus, quam ut de ſtipulatione doceatur, quae ipſa ſe oſtendit, quid complectatur. Neque vero hic poenam promiſſor effugiet paratus praeſtare quod intereſt: nam ex conventione poenae modus ſtatuitur, non ex taxatione ejus quod intereſt: NEC AMPLIUS QUAERITUR, AN, ET QUANTI INTERSIT, *ſed an tantum poenae nomine promiſſum ſit. Veriſſimum igitur eſt, quod non ſequitur apud Juſtinianum, ſtipulationem poenae ſubjectam ſtipulationibus faciendi efficere, ne quantitas ſtipulationis in incerto ſit,*

& ne sit necesse actori probare, quod sua interfit. Ma perchè non sono io uso di contentarmi delle sole autorità degl'Interpetri, ecco un testo chiarissimo di Ulpiano, che di qualunque dubbio ci trae (a): *Alteri stipulari nemo potest . . . . . plane si velim hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, si ita factum non sit, committatur stipulatio etiam ei, cujus nihil interest; poenam enim quum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid interfit, sed quae sit quantitas stipulationis.* Ed è quì da notare, che parla Ulpiano d'una stipulazione del tutto nulla, appunto, perchè non conteneva interesse alcuno dello stipulatore: e pure Ulpiano vuole, che la quantità dedotta nella seconda stipulazione si paghi, e paghisi intera, senza che 'l reo, o 'l Giudice d'altro si brighi. Così essendosi dalle Leggi Romane introdotta l'usura, *ut id quod interest circumscribat, & terminet, ne amplius id quod interest probari, necesse sit*, com'elegantemente scrive Francesco Otomano (b); se si è convenuto da principio il 4. o'l 5. per 100. non dev'esser più ammesso il debitore a provare, che la mancanza del danaro sia al creditore importata meno.

PROPOSIZIONE II.

IL Decreto del S. Consiglio unicamente si appoggia nella falsità dell'istrumento presentato dal Prete D. Ortensio Vigilante al Notajo Manduca. Ma di cotesta falsità non ci è altra pruova negli atti, che una semplice relazione del Mastrodatti de'Notaj, la qual fa una pruova semipiena.

RI-

(a) *In L. stipulatio* 38. §. 17. *de verb. obl.*
(b) *Dispur. de usur. cap.* 5.

RISPOSTA.

LA falsità di cotesto istrumento, fino a che non s'interpose dal S. Consiglio il Decreto, fu sempre mai confessata dal Pierro a voce, ed in iscritto: e ben se ne possono ricordare i Signori Consiglieri, che han di questa causa giudicato. Oltre a ciò, la verificazione dell' istrumento si fece inteso il Pierro, il quale potea gravarsene prima del Decreto, e non se ne gravò.

Io, che ho gran rispetto dell' Avvocato Pierro, non intendo di valermi contra lui dell' espressioni d' una nostra Prammatica ordinante (*a*), *che non si possa in modo alcuno dir di nullità degli atti e processo fatto prima del decreto diffinitivo, poichè avendo consentito le parti, che si venisse alla determinazione del negozio per detti atti e processo, senza aver detto di nullità di essi, si presume, che calunniosamente dopo s' allegano, e che maliziosamente abbiano taciuto per veder l' esito del negozio.* 23

Solamente, usando de' principj del jus Romano, dico, 24 che non essendosi egli gravato della verificazione dell' istrumento, l' ha col silenzio accettata, ed ha egli stesso fatta buona quella pruova, che buona non era. In un caso simigliante così parlò Paolo (*b*): *Bonum nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum*, tuttochè costui non sia idoneo a pagare: nel qual senso felicemente spiegò l' erudito Desiderio Eraldo (*c*) quel grazioso detto di Marziale (*d*): *Vinum tu facies bonum bibendo.* Se l' ha bevuta il Pierro? Pazienza.

(a) *Pr. 4. de dilat. num. 17.*
(b) *In L. inter 26. §. 2. ff. mand.*
(c) *Obs. V.*
(d) *Lib. 5. epigr. 79.*

PROPOSIZIONE III.

O L'Istrumento sia stato da principio falso, o fiasi occultato il vero, e messo fuori il falso, l'uno, o l'altro è da presumere, che sia accaduto per frode del Manduca, e del Gagliardi. Ciò si pruova esaminandosi la condotta del primo, e del secondo. Non avendo D. Antonio Giannettasio pagato l'*esloglio*, il Signor Presidente Corvo ordinò nel dì 9. del mese di Novembre dell'anno 1755. che 'l Giannettasio facesse deposito di duc. 8250. e 'l Gagliardi di 4833. a tenor del biglietto: e si rinnovò cotest'ordine nel dì 17. del mese di Decembre. Il Giannettasio se ne gravò nel dì 22. del medesimo mese. Ma 'l Gagliardi, per contrario, nulla oppose, tantochè gli si spediron contra le lettere esecutoriali nel dì 4. del mese di Marzo dell'anno 1756. Oltre a ciò, avendo il Gagliardi azione contr'al Giannettasio, che gli avea parimenti promessa l'indennità, non produsse contra colui nè meno un'istanza. Or perchè 'l Gagliardi non pensò nè a difender se stesso contr'ai decreti del Sig. Presidente Corvo ordinanti il deposito di duc. 4833. nè a molestare il Giannettasio suo debitore? Finalmente il Gagliardi, chiamato nel S. Consiglio dal Pierro, che aveva istituito contra lui un giudizio di jattanza, ricorse contr'al Pierro nella R. Camera. E perchè? La stranezza di cotesta condotta è grande argomento di frode. E non è da omettere, che 'l Gagliardi sapea da principio, che falso era l'istrumento esibito da D. Ortensio al Manduca, e non prima del dì 14. del mese di Febbrajo dell'anno 1756. il disse al Pierro. Non men frodolente fu la condotta del Notajo Manduca. Aveva egli presso di se l'istrumento della *ratifica* datogli da D. Ortensio, e non era *legalizzato*. Passando per la

di

di lui Curia il Pierro, gli domandò, se *era venuta la ratifica*, e'l Manduca rispose *di aver ricevuta la copia*. E perchè non disse ancora, che non era *legalizzata?* Ben doveva egli dirlo: e chi non fa quel, che dee, cade in sospetto di frode. Che poi fosser d'accordo il Gagliardi, e'l Manduca per ingannare, e danneggiare il Pierro, si conosce dall'essere stati que' due soliti di commettere simiglianti delitti. In fatti costa da una fede dello Scrivano fiscale Domenico Pellicano, che'l Gagliardi, e'l Manduca furono altra volta inquisiti d'occultazione d'un istrumento d'indennità in grave danno di Niccolò Micci.

RISPOSTA.

MAncava quest'altra giunta alle tante sciagure del povero Baron Gagliardi. Potea l'Avvocato Pierro esser contento di averlo veduto più volte, e per più mesi languire o nella Chiesa, ove gli fu mestieri di rifuggirsi, o nelle carceri, e di averlo ridotto alla dura necessità di vendere le suppellettili della casa. Ma non contento de' tanti danni, che gli ha recato, vuole ora offenderlo nell'onore. Ma dica, e faccia egli che vuole, è stato, e sarà sempre onestissimo uomo il Baron Gagliardi. Or si risponda al Pierro. Prima però che si vada più in là, giacchè di *dolo* è notato il Gagliardi, si vegga, che si trovi dalle Leggi prescritto circa la pruova del dolo. Appresso gl'Imperadori Diocleziano, e Massimiano è scritto (*a*): *Dolum ex indiciis perspicuis* (cioè, come l'Accursio scrive comentando quel luogo, *ex manifestis probationibus*) *probari convenit*. E comechè insegnino i Dottori, essere il dolo e

vero,

(a) *In L. dolum 6. C. de dol. mal.*

vero, o *presunto*, e richiederfi per queſto pruove men chiare, che per quello; nondimeno e' ſoggiungono, che, ſebben baſti il dolo *presunto ad aliquos effectus civiles non graviter praejudiciales*, come parla il Card. de Luca (*a*), non baſta però, dove ſi tratti di alcun grave pregiudizio, qual era nel caſo del de Luca la perdita del benefizio, e qual è generalmente la perdita di qualunque jus acquiſtato. Gioverà, che io traſcriva un luogo del Riccio. Coſtui diſtinſe due caſi (*b*): *Unum, quando agitur de probando aliquo delicto ad effectum privationis rei, seu juris jam quaesiti: alterum, quando tractatur de lucro, seu amissione juris quaerendi:* e ſoggiunſe, che *in primo necessaria est plena, & concludens probatio, etiamsi civiliter agatur: in secundo sufficit probatio praesumta:* e per pruova piena, e concludente intendeſi quella, che ſi fa *per actus univocos, non autem vagos, & aequivocos*, come ſcrive il lodato de Luca (*c*). Trattaſi nel caſo noſtro di graviſſimo pregiudizio del Baron Gagliardi. Vuol coſtui evitar danno, non far lucro. Intende di conſervare un jus acquiſtato per un pubblico iſtrumento, non già di acquiſtare un nuovo diritto. E quali pruove piene, e concludenti ſi fan contra lui? Eccole.

Non ſi gravò del decreto ordinante il depoſito de' duc. 4833. Ma da ciò gliene dee venir lode, non biaſimo. I pubblici negozianti, che han dato fuori alcun biglietto, non ſi gravan mai de' decreti ordinanti il
26 depoſito, e ſel recano a ſomma vergogna. Generalmente poi nulla poſſono i depoſitarj opporre, nè meno la com-

(a) *De jurepatr. disc.* 44. *num.* 8.
(b) *Collectan.* 1459.
(c) *De credit. disc.* 75. *num.* 3.

compensazione, la quale si può per Legge opporre da chicchessia (*a*).

Non s' indirizzò contra D. Antonio Giannettasio. E che ne potea sperare? Si eran contra al Giannettasio indirizzati i creditori della Città di Biscéglia, e 'l Fisco. Ritraevà egli dalle istanze del Fisco, e de' creditori molto più, che non avrebbe ritratto dalle sue, e non ispendeva un soldo.

Si stiè tanto tempo cheto, e non prima del dì 6. del mese di Marzo dell' anno 1756. produsse istanza nella R. Camera contr' al Pierro, quando l' aveva il Pierro già chiamato nel S. Consiglio. Ma 'l Pierro non fa bene i conti. E' vero, che fin dal dì 13. del mese di Aprile dell' anno 1754. aveva il Vigilante preso il possesso dell' affitto; ma per tutto il primo anno non diè motivo a' creditori, ed al Fisco di dolersi di lui; onde se si stiè cheto il Barone, si stettero ancora cheti il Fisco, e i creditori: nè prima del dì 9. del mese di Decembre dell' anno 1755. s' interpose a loro istanza il decreto del Sig. Presidente Corvo. Come poi si vide il Gagliardi spedite contra le lettere esecutoriali, e seppe la falsità dell' istrumento presentato al Manduca, subito s' indirizzò contr' al Prete D. Ortensio autore della falsità, che a sua istanza ancora sta nelle carceri, e contra l' Avvocato Pierro. E non è vero, ch' era stato egli chiamato prima in Consiglio. Il Pierro dice, che la sua supplica fu commessa il dì 6. di Marzo: e nello stesso dì dice l' Attuario, che fu presentata l' istanza dal Gagliardi. E poichè le suppliche si foglion commettere nelle ore dopo il desinare, e, per contrario, si presentano le istanze nelle ore della mattina; è da presumere, che l' accortissimo Avvocato Pierro, avendo egli

(*a*) *In* §. *in bonae* 30. *Inst. de act.*

egli la mattina di quel dì saputo dall'Attuario, che 'l Gagliardi si era nella R. Camera indirizzato contra lui, per isfuggire un Tribunale, ove il Fisco rende più timidi i debitori, avesse la sera data supplica nel S. Consiglio.

Si venga ora alla disamina della condotta del Notajo. Che ci è in essa da riprendere? Non disse al Pierro il Manduca, che la copia non era *legalizzata*. Ma poichè ciò non si ricava altronde, che dalla medesima fede, che 'l Manduca ne fa, deve il Pierro leggere innanzi. Quivi è scritto: *Stando io dentro la mia Curia, passò per quella in carrozza il detto Sign. D. Niccola Pierro, e senza fermarsi, da dentro la medesima carrozza mi domandò, se era venuta la d. ratifica: ed io da dentro la mia Curia gli rispose, aver avuta la copia: che se d. Sign. Pierro avesse avuto la bontà di fermarsi, e di discorrere con me, e di osservare d. copia di ratifica, gli avrei detto coll' istesso discorso, che vi bisognava la detta legalità*. Era forse tenuto il Notajo di corrergli dietro? E l'Avvocato Pierro, che si era obbligato di *far seguire la ratifica*, e di *produrne esso la copia*, non si degna di fermarsi un momento? Di cotesti due, chi è reo? il Notajo di frode, o l'Avvocato di negligenza?

Ma 'l Manduca (dice quì l'Avvocato Pierro) altrimenti avea scritto in altra fede. Ciò non è vero. Avea detto lo stesso, sebbene più laconicamente: *Passò per la mia Curia il d. Sign. Pierro, e da dentro la sua carrozza, che caminava, mi domandò, se era venuta d. ratifica, ed io da dentro d. mia Curia gli rispost avere ricevuta la copia: nè d'allora in poi vidi più detto Sig. Pierro*. Ma si dia, che abbia il Notajo mancato del debito suo: perchè della costui colpa dee portar la pena il Gagliardi? Ma sono stati amendue altra volta inquisiti . . . Prego l'Avvocato Pierro, che non passi oltre,

e si

e ſi rechi a coſcienza di aver prodotta in giudizio contra due onestiſſimi uomini una fede del ſolo titolo del proceſſo criminale, tacendo il decreto, che dalla G. Corte s' interpoſe in quella cauſa. Gli atti criminali ad iſtanza del Gagliardi ſi fecero venir nella Ruota, e 'l degniſſimo Sign. Commeſſario con quegli atti alla mano recitò le ſeguenti parole: *REMOTA CRIMINALITATE, CIVILITER AGATUR.*

Ma perchè ſcriver tanto di coſe cotanto inette? E' certo, che D. Niccolò Vigilante non ratificò l' iſtrumento. Dunque, eſſendoſi il Pierro obbligato, caſo che *la ratifica non ſeguiſſe*; eſſer deve eſecutivamente condannato a pagare ſecondo la lettera dell' iſtrumento. Dovrebbe il Pierro provare, e 'l dovrebbe provare incontanente, che 'l Vigilante non ratificò per frode uſata dal Gagliardi. Coteſta pruova manca: ed o quanto è malagevole a farſi! Quando ſi aveſſe a fare, moſtrar ſi dovrebbe, che un qualche grande odio portava il Gagliardi al Pierro, o che una qualche grande utilità potea ritrar il Gagliardi, reſtando obbligato il Pierro, cui ritrar non poteva, reſtando obbligato il Vigilante. Ma inimicizia tra 'l Pierro, e 'l Gagliardi non ci è mai ſtata: e ſe 'l Vigilante non è uom ricco, non è parimenti ricco il Pierro. La coſtui dottrina doveva acquiſtargli gran danaro: ma regolarmente la fortuna non è favorevole a' dotti. Egli medeſimo in una ſua iſtanza dice, ch' era men povero primachè ſi deſſe alla profeſſion d' Avvocato, che dappoi.

Si propongono due massime di Legge, onde chiaramente si mostra, doversi confermare il Decreto del S. Consiglio.

27 L'Azion, che compete al Gagliardi, nasce da un pubblico istrumento, la cui pronta esecuzione non s'impedisce altrimenti, che per eccezione, *quae tam evidens sit, ut facile repellat agentem*, come in un caso simigliantissimo al nostro scrive Ulpiano (*a*): e dee cotesta eccezione o nascere, come parlano i nostri, *dal ventre* di esso istrumento, o per altra pubblica scrittura incontanente provarsi. Quandochè poi abbia alquanto di oscurità, *differenda est in directum judicium*, come Ulpiano soggiunge: ed intanto il reo dee condannarsi a pagare, senzachè 'l pronto pagamento si possa impedire o per lo deposito, che 'l reo voglia fare, o per la fidejussione, che offra: *Amplia conclusionem*, son parole del Carlevalio (*b*), *ut non impediatur exequutio liquidi, etiamsi debitor faciat depositum, aut etiamsi offerat, & praestet fidejussionem*. Così anche dal Gizzio (*c*), e da tutti senza contraddizione s'insegna.

Il Decreto del S. Consiglio in cotesta massima si appoggiò. L'eccezioni opposte dal Pierro non nascono dall'istrumento, nè si provano per altre pubbliche scritture. I documenti da lui prodotti son fedi private, a cui si potrà forse nel termine aggiungere quella forza, che

(a) *In L. hac actione* 3. §. 13. *ff. ad exhib.*
(b) *De judic. tom.* 2. *tit.* 3. *disp.* 15. *num.* 3.
(c) *Pran. part.* 2. *tit.* 5. *cap.* 1. *num.* 3.

Digitized by Google

che di presente non hanno: e quando concedasi, che vero sia quel, che in esse si dice, se ne trarrebbe, come ho detto, la pruova della negligenza del Pierro, non già della frode del Gagliardi.

Ma se bastò cotesta massima sola, perchè si giudicasse in pro del Gagliardi, ce n'è oggi un'altra, per cui si deve il Decreto del S. Consiglio a chiusi occhi approvare. Non assi oggi a riveder la causa così nel 28
minuto, come la prima volta si fece. Trattasi di *nullità*: e la regola, che assi a tenere per ammetterle, o per escluderle, vien dalle nostre Leggi, come ciascun sa, chiaramente prescritta. Hanno esse (a) *per un grande, e pernicioso abuso il tornarsi di nuovo a trattare, e discuter le cause in grado di nullità, come se non fossero state discusse e determinate*: quindi espressamente comandano, dover militare le nullità *in due casi tantum; cioè, quando la sentenza è contra espresso caso di Legge comune, o municipale; o quando è chiara ed evidentemente contra una scrittura pubblica autentica, e presentata nel processo prima di detta determinazione*. Or siamo noi in un di cotesti due casi? No di certo. Legge non ci è, che giovi all'Avvocato Pierro. Quelle, ch'e' cita nella Scrittura stampata, e nelle nullità, o non fanno al proposito (e fia detto con sua buona pace) o gli sono espressamente contrarie. Anche i Dottori, ch'e' cita, non dicono quel, ch'e' vorrebbe, che dicessero. I Signori Consiglieri si ricorderanno, qual abuso in Ruota si fece d'un'autorità del Vinnio. Per rispetto dovuto al nuovo dottissimo Difensore del Pierro, che l'allegò, non ne vo' dir altro. Come non ci son Leggi, che giovino al Pierro, così scritture *pubbliche autentiche presentate nel processo* prima del De-

(a) *Pr. 4. §. 20. de dilat.*

creto non ci ſono affatto: nè o per ſedi private, o per congetture ſi poſſono ſoſtener nullità.

Di Caſa il dì 6. del meſe di Giugno dell'anno 1757.

Per D. Geronimo Lombardo contra D. Niccolò Ruſſomando.

ARGOMENTO.

I. Se, ſtante la Prammatica unica *de Senatuſconſulto Macedoniano*, vietante a' figli di famiglia di obbligarſi ſenza la preſenza, e ſenza l'eſpreſſo conſenſo de' padri, poſſano gli ſteſſi padri preſtar la preſenza, e 'l conſenſo per alcuna lor propria utilità, ſicchè reſtino i figli validamente obbligati pe' loro padri.

II. Si ſpone la ſuddetta Prammatica unica *de SC. Macedoniano*.

SOMMARIO.

1 L'*Emancipazione fatta ſotto qualche condizione, od a certo tempo, e a certo atto, è nulla.*

2 *Se, preſtando i padri la preſenza, e 'l conſenſo per alcuna lor propria utilità, reſtino i figli validamente obbligati pe' medeſimi loro padri:* Ved. il num. ſeg. fino al num. 13.

3 *Il tutore non può a proprio ſuo comodo preſtare l'autorità ſua ai pupilli:* Ved. i num. ſeg.

4 *De' caſi, in cui l'eccezione del Macedoniano ceſſa per Dri-*

Dritto Comune, e non ceſſa per Dritto del Regno.

5 *Il tutore, per la ſolennità dell' atto del pupillo, non altrimenti deve preſtar l' autorità ſua, che preſenzialmente.*

7 *Delle regole da conoſcere, quando lo Statuto ſia* correttorio, *o ſemplicemente* ampliativo *del jus Comune.*

8 *Se l' eccezion del Macedoniano ceſſi, dove il figlio ſiaſi obbligato pel padre:* Ved. i num. ſeg.

9 *Il Macedoniano, ſotto il divieto del mutuo, quali coſe compreſe.*

10 *Se ceſſi l' eccezion del Macedoniano, caſochè il figlio ſenz' il conſenſo del padre, ma per liberare il padre, prenda danaro in preſtanza.*

11 *Per jus comune il figlio di famiglia maggior d' anni 25. può obbligarſi (tranne il mutuo) ſenza il conſenſo del padre, purchè donna non ſia.*

12 *Il figlio di famiglia, perchè validamente poſſa obbligarſi per liberare il padre, ha biſogno dell' autorità del Magiſtrato.*

14 *Il beneficio del* deducto ne egeat, *giova al figlio di famiglia come per riſpetto della roba, così per riſpetto della perſona di non eſſere incarcerato.*

15 *L' emancipazione fraudolente non giova: e quando ſi abbia per fraudolente.*

16 *Il tempo* breve, *quanti giorni comprenda.*

ALLEGAZIONE V.

D. Geronimo Lombardo, per cui ſcrivo, ſta nelle carceri, volge oramai l'undecimo meſe, perchè, eſſendoſi obbligato per D. Franceſco ſuo padre, coſtui, deludendo il creditore, fuggì del Regno. Se quando egli ſeppe, che 'l creditore il cercava per farlo incarcerare, aveſſe ſaputo dir ſua ragione, di certo e' non iſtarebbe

nelle

nelle carceri; il perchè ſpero, che riuſcendomi di dimoſtrare, ch' e' non potea per Legge incarcerarſi, abbia il S. Conſiglio ad ordinare, che ſi ſprigioni.

CAPO I.

L' obbligo, che D. Geronimo preſe ſopra di ſe per ſuo padre, fu nullo.

NEl noſtro Regno le obbligazioni de' figli di famiglia ſon nulle per la *Pramm. un. de SC. Maced.*: e figlio di famiglia era D. Geronimo nel tempo, che ſi obbligò per ſuo padre. E' vero, che fu egli emanci-
1 pato *a quell' atto*; ma è vero altresì, che dove talun ſi emancipi ſotto qualche condizione, o a certo tempo, ed a certo atto, non ſi ha per emancipato. L'emancipazione è *atto legittimo* (a): e gli atti legittimi *in totum vitiantur per temporis, vel conditionis adjectionem*, ſecondochè ſcrive Papiniano (b): *Emancipatio ſit generalis*, dice Filippo Paſquale (c), *nam ſi eſſet facta ad unicum actum, non valeret ex communi Doctorum opinione.*

So quel, che l'Avverſario oppone. La *Pramm. un.*, e' dice, dichiarò nulli que' ſoli contratti de' figli di famiglia, che ſi fanno ſenza la preſenza, e ſenza l' eſpreſſo conſenſo de' padri; ma D. Geronimo ſi obbligò alla preſenza, e coll'eſpreſſo conſentimento del padre. Ed io nol niego: ſolamente dico, che obbligandoſi D. Geronimo a benefizio di ſuo padre, la coſtui preſenza, e'l

(a) *L. actus legitimi 77. ff. de reg. jur.*
(b) *In dict. L. 77.*
(c) *De virib. patr. pot. p. 1. cap. 6. num. 128.*

e'l coſtui eſpreſſo conſenſo non baſtavano, come ſarebbero baſtati, ſe obbligavaſi per altrui.

Egli è gran controverſia, ſe dove ci ſia, com' è 2
appreſſo noi, in Firenze (*a*), in Sicilia (*b*), in Forlì (*c*), in Padova (*d*), in Novara (*e*), in Milano (*f*), ed altrove lo *Statuto municipale* vietante a' figli di famiglia di obbligarſi ſenza la preſenza, e ſenza l'eſpreſſo conſenſo de' padri, poſſano i padri preſtar la preſenza, e'l conſenſo per alcuna lor propria utilità, ficchè reſtino i figli validamente obbligati pe' loro padri. E coteſta controverſia dipende da quell' altra, ſe lo *Statuto* richiegga la preſenza, e'l conſenſo paterno per lo pregiudizio, che potrebbero i figli co' loro contratti apportare a' padri, o per la utilità di eſſi figli, e per *integrarne*, come parlano i Dottori, la *perſona*; poichè, ſe lo *Statuto* riſguarda il comodo de' padri, non è da dubitare, che poſſano molto più per alcuna lor propria utilità, che in grazia di altrui preſtare il conſenſo alle obbligazioni de' figli: ma ſe, per contrario, riſguarda la ſolennità dell' atto, e la utilità, e la perſona de' figli, cui non ha per *intiera* ſenza la paterna preſenza, ed autorità; neceſſariamente ne dee ſeguire, che, ſebben poſſano i padri preſtar l'autorità negli obblighi, che prendono i figli in grazia di altrui, nondimeno preſtar non la poſſano per proprio comodo, ad eſempio del tu- 3
tore, che *in rem ſuam auctor fieri non poteſt*, come ſcri-

(a) Socin. *conſ.* 23. *lib.* 4.
(b) Paul. de Caſtr. *conſ.* 465. *num.* 1. *lib.* 1.
(c) Andr. Barbatia *conſ.* 41. *lib.* 4.
(d) Cephal. *conſ.* 488.
(e) Jaſ. *conſ.* 69. *num.* 6. *lib.* 1.
(f) Carpan. *ad ſtatut. Mediolan. c.* 416. *num.* 6.

ſcrive Ulpiano (*a*). E di vero, dove la paterna autorità richieggaſi per comodo di eſſi padri, eſſer non può mai ſoſpetta: non eſſendo da credere, che voglia il padre uſarne in ſuo danno; ma, dove richieggaſi in grazia de' figli, allora ſolamente è ſoſpetta, quando s' interpone a comodo del padre; dappoichè, quantunque non ſia da preſumere, che 'l padre poſponga il ben de' figli alla utilità d' altrui; nondimeno ben ſi può temere, ch' e' faccia il ſuo pro con danno de' figli. Or che aveſſe la noſtra *Pramm. un.* riſguardato la perſona de' figli, non la utilità de' padri, ſi raccoglie da quelle parole della *Pramm.*: *In praeſentia, & expreſſo conſenſu ſuorum patrum*. Quando la Legge ſi foſſe fatta non per la ſolennità dell'atto, e per *integrar* la perſona de' contraenti, ma per l' intereſſe de' padri, non ſarebbe
4 uopo, che i padri foſſer preſenti, e ben potrebbero conſentir prima, o dappoi, ed anche tacitamente, come accade nel Macedoniano (*b*): ma la Prammatica richiede la lor preſenza, e l' eſpreſſo conſenſo loro, ſenzachè baſti il conſenſo *antecedente*, o *ſuſſeguente*, come il S. Conſiglio più volte ha deciſo (*c*); dunque la ſolennità dell' atto, e la perſona de' figli unicamente riſguarda: e ſe è così, non poſſono i padri per lo proprio intereſſe preſtare a' figli la loro autorità, come per lo proprio intereſſe non la poſſon preſtare i tutori a' pupilli. Ed è quì da notare, che come la Legge Romana richiede l'autorità de' tutori, così appunto la noſtra *Prammatica* richiede l'autorità de' padri. La *Prammatica* dice: *In praeſentia, & expreſſo conſenſu ipſorum patrum.*

La

(a) *In L.* 1. *ff. de auct. tut.*

(b) *L.* 7. §. 11. *&* 15, *L.* 12. *&* 16. *ff. de SC. Maced.*

(c) Rovit. *in dict. Pram. num.* 11.

La Legge Romana dice (a): *Tutor ſtatim in ipſo negotio praeſens debet auctor fieri*: donde poi ſegue, che *poſt tempus, aut per epiſtolam interpoſita ejus auctoritas nihil agit*. Dunque come l' autorità de' tutori, così l' autorità de' padri richiedeſi alla ſolennità dell' atto, ed ad *integrar* la perſona de' pupilli, e de' figli, e ſeguentemente nè l'una, nè l'altra ſi può interporre per l'intereſſe di chi l'interpone. Così hanno inſegnato il più de' Dottori: ed è queſta la più comune, e la più ricevuta ſentenza. Il de Franchis, trattando un caſo ſimigliantiſſimo al noſtro, ſcrive (b): *Aut conſenſus eſt introductus in favorem conſentientis: & hoc caſu poteſt ſibi ipſi auctor exiſtere, ne inductum in ejus favorem, retorqueatur in odium: aut requiritur ad integrandam perſonam, & hoc caſu non poteſt*. Per coteſta medeſima ragione ſoſtengono la ſteſsa ſentenza, trattando il noſtro caſo, Filippo Paſquale (c), i due Reggenti Rovito (d), e de Marinis (e), e 'l Rodoerio, che la chiama (f) *opinionem frequentiori rerum judicatarum numero roboratam*. Ma niuno l' ha più a lungo, e meglio diſeſa, che 'l Gizzio (g), il Molfeſio (h), e lo Staibano (i), i quali la confermano per molti eſempj di coſe giudicate:

(a) *L. obligari* 9. §. 5. *ff. de auct. tut.*
(b) *Deciſ.* 14. *num.* 2.
(c) *Dict. cap.* 6. *num.* 39.
(d) *In dict. Pram. num.* 48.
(e) *Reſol. lib.* 1. *c.* 145. *num.* 16.
(f) *Ad* de Marin. *loc. cit. num.* 6.
(g) *Allegat.* 107. *inter alleg. collect. a* Reg. de Marin.
(h) *Conſ.* 4.
(i) *Reſolut. forenſ. lib.* 1. *reſol.* 70.

Dice ancor l'Avversario, che nel caso, in cui D. Geronimo si obbligò, nè della emancipazione, nè del consenso paterno era uopo: e trascrivendo quel, che scrisse dintorno a ciò Filippo Pasquale (*a*), il prova egli così. Per la *Pram. un.* si è ampliata la disposizione del Macedoniano, sicchè dove prima per lo jus comune l'eccezion del Macedoniano avea luogo nel mutuo solo, che dal figlio di famiglia si contraeva senza il consentimento del padre, oggi per lo jus municipale ha luogo in tutti i contratti. Ma le Leggi nuove si debbono interpetrare in guisa, che, quanto meno si puote, offendan le antiche: dunque, se v'erano nel jus comune casi particolari, ne' quali anche senza il consenso paterno efficacemente obbligavasi il figlio di famiglia, que' medesimi casi esser ci debbono nel jus municipale. Ma, secondo il jus comune, non giova al figlio di famiglia il Macedoniano, quando s'obbliga per lo proprio padre, siccome costa per cinque luoghi de' libri del jus Romano, che si recheranno più giù: dunque, secondo il jus municipale, non gli dee parimente giovare la *Pram. un.*: e tanto meno gli dee giovare, quanto più grande è la causa, per cui si obbliga. Dove si tratta di cavar di prigione il padre, può, anzi deve il figlio di famiglia obbligarsi: e, non obbligandosi, ben si può diseredar come ingrato. Per cotesti principj fu dal S. Consiglio deciso in favor del creditore appresso il Pasquale.

A cotesta objezione renderò più risposte. E primieramente giova, che si osservi, quanto poco sia da fidare nell' autorità di Filippo Pasquale. Questo autore, che la sentenza al mio Cliente contraria sostenne
6 nel *numero* 125., avea scritto nel *num.* 39.: *Ex magis com-*

(*a*) *Dict. cap. 6. a num.* 123.

communi Doctorum sententia receptum est, quod Pragmaticae dispositio non est absolute fundata in paterno praejudicio, sed potius respexit eorundem filiorum commodum, & ideo quum paternus consensus requiratur ad integrandam personam filii, non potest praestari ad commodum ipsius patris. Secondamente dico, che può lo *Statuto* essere o semplicemente *ampliativo* del jus comune, o *correttorio* di quel jus, ed inducente un jus del tutto nuovo. Ammette il primo tutte le limitazioni, che 'l jus comune ammetteva; ma non le ammette il secondo. Come nella Castiglia, così nella Catalogna ci ha Legge vietante a' figli di famiglia il contrarre senza il consenso de' padri. La Legge della Castiglia ammette le limitazioni del jus comune, ma non le ammette la Legge della Catalogna, poichè, per testimonianza del Fontanella (*a*), questa seconda corregge il jus comune, ed induce un jus del tutto nuovo: quella prima semplicemente l'estende da contratto a contratto. Or due sono le regole, onde si conosce lo *Statuto correttorio* dallo *Statuto* semplicemente *ampliativo*. La prima si prende dalle clausule più, o men generali, che vi si leggono. Se tanta sia la generalità delle clausule, che colla sua ampiezza comprendano tutti i casi; lo *Statuto* è *correttorio*: se quella tanta generalità non ci sia, lo *Statuto* è semplicemente *ampliativo*. La seconda regola dataci dal Baldo (*b*), è questa. Semplicemente *ampliativo* è lo *Statuto*, che non dà nuova forma al contratto: è del tutto *correttorio* lo *Statuto*, che gli dà nuova forma; poichè la nuova forma dal legislatore introdotta, è grande argomento, che ha voluto colui di tutto dipartirsi dal jus 7

(a) *De pact. nuptial. clauf. 4. glos. 7. p. 3. num. 46. & sequ.*

(b) *Conf. 123. lib. 2. num. 2.*

comune. Or amendue coteste regole mostran ben chiaro, che si volle per la *Pram. un.* correggere il jus comune, ed introdurre un jus nuovo. Dicesi in essa, non potersi obbligare i figli di famiglia, *nisi in praesentia, & expresso consensu ipsorum patrum.* Ecco la nuova forma data al contratto. Dicesi ancora, non potersi essi altrimenti obbligare *quovis pacto, aut quaesito colore.* Ecco la generalità delle clausule, che tutti i casi comprende. E' dunque la Prammatica non semplicemente *ampliativa*, ma *correttoria* del jus comune, ed inducente un jus nuovo: e se è così, esclude le limitazioni, che ammette il jus comune. Ma dato ancora, che la Prammatica sia semplicemente *ampliativa* del jus comune; il caso, di cui si tratta, non è una delle limitazioni di quel jus: e questa è la terza risposta. O io grandemen-
8 te m'inganno, o 'l Pasquale, e l'Avversario suppongono come indubitata una cosa del tutto falsa. Scrive il Pasquale (*a*): *Certum est, quod filiusfam., non juvatur Macedoniani S. C. beneficio, quando pro parte obligatur, L. filiusfam. C. de fidejuss.*, *L. si ex alio C. quod cum eo*, *L. si paternam C. ad Vellejan.*, *L. 2. §. & filius*, *ff. qui satisd. cog. & L. si dubitet*, §. *filiusfam. ff. de fidejuss.* Coteste modo di dire, ci fa non oscuramente conoscere, che 'l Pasquale propone quella dottrina come una eccezion della regola del Macedoniano. Ciò presupposto, e' soggiunge, ch'essendo la nostra *Pram. un. ampliativa* del jus comune, non si dee credere, che altrimenti dal jus comune disponga ne' casi eccettuati, ma che più tosto estenda il Macedoniano dal contratto del mutuo agli altri contratti, salve tutte le limitazioni: onde, essendo tra le limitazioni della regola del Macedoniano il caso, in cui si obbliga il figlio per lo padre

(a) *Dict. num.* 123.

dre ſenza il coſtui conſenſo, ne ſegue, che anche ſecondo la *Pramm. un.* efficacemente ſi obblighi, quantunque o non ci ſia il conſenſo del padre, od invalidamente ſi preſti. Così ancora ragiona il mio dotto Contraddittore. Ma con ſua buona pace, io dico, che 'l dire, che 'l caſo, in cui ſi obbliga il figlio per lo proprio padre, ſia una delle limitazioni del Macedoniano, è un manifeſtiſſimo errore. Che ha che fare l' obbligarſi per lo proprio padre, col prender danaro in preſtanza? Il Macedoniano vietò non la *fidejuſſione*, ma 'l ſolo mutuo: 9
e così ſtrettamente il vietò, che 'l divieto compreſe il ſolo *danaro*, non le altre coſe, che ſon materia di mutuo, purchè per eſſe non ſi faccia frode alla Legge (*a*): e molto meno compreſe la promeſsa del mutuo (*b*): tanto è lontano, che aveſse compreſa la *fidejuſſione*: ed eſsendo così, non può la *fidejuſſione* eſser una delle limitazioni del Macedoniano. La limitazion ſarebbe, 10
ſe 'l figlio ſenza il conſentimento del padre, ma per liberare il padre, prendeſse danaro in preſtanza (*c*). Come l' obbligo, che 'l figlio prende ſopra di ſe per ſuo padre non è limitazion della regola del Macedoniano, così non è limitazion della regola delle *fidejuſſioni*; perchè, ſecondo la regola del jus comune, 11
non ſolo per lo padre, ma per chicchеſſia può 'l figlio di famiglia obbligarſi ſenza il conſentimento del padre (*d*), purchè donna non ſia: e i cinque ſopraccitati luoghi de' libri del jus Romano non contengono caſi di eccezione, ſiccome il Paſquale, e l' Avverſario falſamente han creduto, ma ſono ſcritti ſecondo la regola della

(a) *L. 7. §. 3. & 7. ff. de SC. Maced.*
(b) *L. 4. ff. cod.*
(c) *Dict. L. 7. §. 14.*
(d) *L. nulla 5. C. quod cum eo.*

della Legge: e gli riconoſca chi vuole. Quanto al po-
12 terſi diſeredare il figlio di famiglia, che ricuſa di obbligarſi per la liberazion del padre, dico, che quinci non ſegue neceſſariamente, che dopo la *Prammatica* debba l'obbligo valere ſenza l'autorità paterna. Non ha la *Prammatica* nè diſciolto l'obbligo, che ha 'l figlio di famiglia di obbligarſi per la liberazion del padre, nè tolte le pene, onde il jus civile puniſce l'ingratitudine del figlio; ma vuole, che l'obbligazion ſi contragga, come ſi deve: e perchè 'l padre, trattandoſi di ſuo intereſſe, non può preſtare l'autorità ſua, è uopo in coteſto caſo, che s'interponga l'autorità del Magiſtrato, non altrimenti che ſi fa, quando per la medeſima cagione non può preſtare l'autorità ſua il tutore. Così riſponde il Gizzio (*a*): *Remanet contractus nullius roboris, niſi judicis decretum intervenerit, prout in ſpecie, de qua agimus in ſtatutis requirentibus conſenſum patris, tradiderunt infraſcripti, conſulentes pro cautela, quod faciat contractum cum auctoritate judicis.* Cita egli preſſo che infiniti Dottori, tra' quali è 'l Baldo (*b*), trattante d'un figlio, che ſi era obbligato *pro patre redimendo*,
13 ch'è appunto il noſtro caſo. Alla deciſione rapportata dal Paſquale, ne oppongo ſette rapportate dal Gizzio (*c*), ed altre rapportate dallo Staibano (*d*), e dal Rodoerio (*e*). Piacemi di por fine al I. Capo di queſta Scrittura colle parole del lodato Staibano: *Ne in puncto deſit deciſio, hoc in ſpecie deciſum in S. Conſilio fuit in beneficium Julii Blanchi contra Victoriam Roſſanam, ſcilicet*

(a) *In dict. alleg. num.* 14.
(b) *Conſ.* 213. *lib.* 2.
(c) *Dict. alleg. num.* 15.
(d) *Dict. reſol.* 70. *num.* 16.
(e) *Ad* de Marin. *loc. cit. num.* 5.

licet, quod, quum conſenſus requiſitus a Pragmatica ſit auctoritativus, proinde non ſufficiet, quando filius obligatur pro patre.

CAPO II.

Ancorchè D. Geronimo ſi foſſe validamente obbligato, non deve ſtar nelle carceri.

MA quando anche ſi dia, che valido foſse ſtato l' obbligo di D. Geronimo, deve oggi liberarſi della prigione. Si obbligò egli nel dì 7. del meſe di Marzo dell' anno 1754: fu poi nel dì 29. del meſe di Aprile legittimamente emancipato dal padre: e come 14
tale cominciò a godere del benefizio della *L. 2. ff. & Cod. quod cum eo.* Or ſe cotello benefizio giova al figlio di famiglia per riſpetto della roba, ſicchè non ſia tenuto a più di quel, che comodamente può fare; molto più gli dee giovare per riſpetto della perſona, ſicchè non poſsa eſsere incarcerato: e quandochè s'incarceri, ſi debba cavar di prigione. Queſta è dottrina ricevuta nel foro ſenza contraddetto di alcuno. La propoſe come indubitata il Preſidente de Franchis (*a*): *Filiusfamilias, qui cum patre ſe obligavit . . . carceratus inſtabat ſe liberari a carceribus, eo quia per diſpoſitionem L. 2. ff. & C. quod cum eo, non tenebatur, niſi in quantum facere poterat: QUO CASU, NON EST LOCUS CARCERATIONI.* Quindi ſoggiunſe il de Luca (*b*): *Ad evitandos carceres, datur cautela filiis, ut curent*

(a) *Deciſ.* 221. *num.* 1.
(b) *In dict. deciſ. num.* 2.

rent se emancipari a patre. Non essendoci luogo ad incarcerazione, ne segue, che se'l figlio di famiglia sta nelle carceri, si debba sprigionare. Così fu deciso dal S. Consiglio appresso il de Franchis (*a*): e 'l sommario della Decisione è questo: *Filiusfamilias, qui cum patre etiam ex intervallo se obligavit, si carceretur ex ea obligatione, debet sub fidejussione de stando juri relaxari*. E cotesta *fidejussione* fu dal S. Consiglio ordinata, *quia actor dicebat, velle aliqua probare in facto, concernentia dolum filiisfam.*, come testimonia il de Franchis (*b*). Ad esempio della suddetta Decisione del Presidente de Franchis, ordinò il S. Consiglio a relazione del Consiglier Pietrantonio Caravita, che si cavasse delle carceri Domenico Russo, il qual faceva istanza di uscirne per lo benefizio della *L. 2. ff. & Cod. quod cum eo*: anzi, essendosi la prima volta ordinato, che si sprigionasse, *praestita cautione de stando juri, & solvendo judicatum*, nuova porse supplica il Russo, gravandosi, come attesta il Toro (*c*), *de formula cautionis, quae praestari debuerat de stando juri tantum, non autem de solvendo juxta decisionem 221. de Franchis, num. 13: & fuit determinatum, ut cautio de stando juri praestaretur: & ita exequutum*.

Ma dice l'Avversario, che cotesta seconda emancipazione non può giovare a D. Geronimo Lombardo, come quella, ch'essendo stata fatta *pochi giorni dopo dell'obbligo*, deesi avere per frodolente.

15 Io so, che l'emancipazione fraudolente non giova: so, che assi per tale, se si faccia *incontinenti, vel paulo*

(a) *Dict. decis.* 221.

(b) *Dict. decis. num.* 13.

(c) *Compend. decis. p.* 3. *v.* cautio praestanda per filiumfam.

lo poſt obligationem, come ſcrive il de Luca (*a*); ma ſo ancora, che quel *paulo poſt* ſi deve intendere di sì poca diſtanza di tempo, e di tanta proſſimità di atti, che ſe ne poſſa dirittamente preſumer la frode. Ecco, come lo ſpiega quel Filippo Paſquale, della cui autorità cotanto in queſta cauſa ſi vale il mio dotto Contraddittore (*b*): *Si pater emancipat filiam tempore, quo manet graviter infirma, quae ſtatim facit teſtamentum; ex hac actuum vicinitate praeſumitur fraus, & quod emancipatio ſit facta ad finem teſtandi tantum, & ſic ad unicum actum.* In ſomma, perchè poſſa dirſi, che l'emancipazione ſi ſia fatta in frode, è neceſſario, che tra l'obbligo, e l'emancipazione frappongaſi breve tempo. E quanto è mai cotesto tempo? Io non voglio ſeguire l'opinion di coloro, che inſegnano, eſſere il tempo breve lo ſpazio di due, o di tre giorni (*c*); ma quel, che dintorno a ciò hanno ſcritto i Romani Giuriſconſulti. In due luoghi delle Pandette ſi ſpiega, quanto ſia *modicum tempus*. In un di eſſi (*d*) dice Ulpiano: *Si modo uſus eſt modico tempore, ideſt, non minus quam xxx. diebus.* Dice in un altro (*e*) Paolo: *Modicum tempus ſtatuendum eſt non minus x. dierum:* onde il Greco interpetre Armenopulo ſcrive (*f*), come per regola: *Modicum tempus x. ſunt dies.* Or dal dì dell'obbligo, che preſe ſopra di ſe D. Geronimo Lombardo, fino al dì della emancipazione, ſi frappoſe lo ſpazio di 16

(a) *In dict. deciſ.* 221. *num.* 2.

(b) *Dict. cap.* 6. *num.* 110.

(c) Antonel. *de temp. legal. lib.* 3. *c.* 20. *num.* 13. Bertachin. *vot.* 108. *num.* 7.

(d) *In L.* 1. §. 2. *ff. de itin. act. priv.*

(e) *In L. promiſſor* 21. §. 1. *ff. de pec. conſt.*

(f) *Tit. ult. epit.* §. 37.

Digitized by Google

LI. giorni. E chi è, cui poſſa parer breve coteſto tempo?

Ultimamente è da riflettere, che la roba di D. Franceſco Lombardo è tanta, che, quando ſi ſia ſoddisfatto a tutti i creditori, non poca ne avanza: di che può far fede al S. Conſiglio il degniſſimo Signor *Capo di Ruota* D. Carlo Gàeta: onde troppo crudele è quel creditore, che, non iſperando alcun vantaggio dallo ſtare il ſuo debitore più lungo tempo nelle carceri; e, non temendo alcun danno dalla liberazion di colui, non conſente, che ſi ſprigioni.

Di Caſa il dì 23. del meſe di Agoſto dell' anno 1755.

DEL-

DELLA NUNZIAZIONE DELLA NUOVA OPERA.

Per lo Venerabile Moniſtero di S. Maria del Gesù.

ARGOMENTO.

Della nunziazione della nuova opera. Se ſia azion perſonale, o reale: a chi competa; come poſſa eſperimentarſi; e quali ſieno gli effetti di eſsa.

SOMMARIO.

1 TAlvolta *la ſervitù* altius non tollendi, *può coſtituirſi dall'Arbitro, e dal Giudice.*

2 *L' incompetenza del Giudice deveſi allegare dinanzi a quello ſteſſo Giudice, dal quale è ſtato il reo citato.*

3 *Da Giuſtiniano, e dagli altri Principi criſtiani fu data a' Veſcovi la giuridizione nelle cauſe temporali delle perſone Eccleſiaſtiche:* Ved. il num. 18.

4 *Nullo è'l reſcritto, ſe mendace è la ſupplica: e dove conſiſta il mendacio.*

5 *Non ſi può dar ſupplica al Principe pendente la lite in prima, od in ſeconda iſtanza, e dopo la diffinitiva ſentenza. Eccezioni di queſta regola:* Ved. il num. 6.

7 *Definizione dell' attentato.*

8 *In alcune circoſtanze, l' errore comune fa Legge:* Ved. il num. ſeg.

10 *Dove ſi tratti di azion reale, la cognizione ſi appartiene a' Magiſtrati laici, e non già Eccleſiaſtici.*

11 *Nelle Leggi Civili, talvolta le ragioni, che in esse si allegano, sono o improprie, o false.*

12 *L'azione della nunziazione della nuova opera è personale:* Ved. i num. seg. fino al 17. e 'l num. 58.

13 *Della differenza, ch' è posta tra le azioni nascenti dalla servitù, e l'azione della nunziazione della nuova opera:* Ved. i num. seg.

14 *La nunziazione della nuova opera si permette talvolta, anche senz' alcuno privato interesse.*

15 *I luoghi sacri, o religiosi, sono fuori del commercio degli uomini.*

19 *Pendente la lite, nulla può innovarsi.*

20 *Se per la contestazion della lite, o per la semplice citazione, s'induca, per dritto Civile, la pendenza della lite. Per dritto Canonico s'induce per la semplice citazione:* Ved. il num. 21. e 43.

22 *Della differenza, che, per rispetto della pendenza della lite, è posta tra 'l caso, che l'opera si faccia dall' attore, e 'l caso, che si faccia dal reo:* Ved. i num. seg. e 'l num. 61.

23 *Quando il Principe ha posto mano all' affare, non può colui, che al Principe è ricorso far novità: e, facendola, commette attentato:* Ved. il num. 24.

24 *La vendita del feudo non si può rivocare, quando siasi ricorso al Principe per ottenerne l' assenso, e 'l Principe di già vi abbia posto mano, commettendo l' affare al Magistrato.*

26 *E' violenza il farsi la giustizia colle sue mani, massimamente, quando il Magistrato abbia già posto mano all' affare.*

27 *Per lo divieto fatto per privata autorità, non può colui, al quale fiasi fatto, por mano alla nuova opera: e, contravenendo, commette attentato:* Ved. i num. seg. e 'l num. 53. e seg.

28 *Del*

28 *Del modo, onde può un privato, da se, colla privata ſua autorità, impedire la nuova opera, giuſta il rito Simbolico degli antichi:* Ved. il num. 30.

29 *Appreſſo gli antichi, il getto di un dardo, era talvolta Simbolo di vicina battaglia. Ne' baſſi tempi il getto di un guanto, era Simbolo di vicino duello.*

33 *L'opera incominciata, non oſtante la nunziazione, ſi può proſeguire, ſe ſiaſi data la cauzione di demolirla.*

34 *L'attentato commeſſo dopo la nunziazione della nuova opera, ſi deve purgare colla demolizione, ſenza prima eſaminarſi, ſe colui, che ha fatta la nunziazione aveva, o no dritto di poterla fare:* Ved. i num. ſeg. 44. e 45.

35 *Quando ſi dica, che la nuova opera ſiaſi fatta clandeſtinamente, e con violenza:* Ved. i num. 36. 63. 64. e 66.

37 *Non la vera uſucapione, ma la quaſi uſucapione, o ſia la preſcrizione, ha luogo nelle ſervitù:* Ved. i num. ſeg.

38 *Nelle ſervitù non ci è vero poſſeſſo, ma ci ha il quaſi poſſeſſo.*

39 *A preſcrivere le ſervitù, qual tempo ricercaſi:* Ved. i num. ſeg. *e ſe ſia neceſſaria la pruova del giuſto titolo, e della tradizione:* Ved. il num. 42.

40 *Quali ſieno le ſervitù* continue, *e le* diſcontinue.

46 *Se gli attentati ſi debban rivocare, dove coſti, che chi ne pretenda la rivocazione, non abbia dritto di pretenderla:* Ved. i num. 65. e 66.

47 *La pruova (contra colui, che l'ha impedita) deve averſi per fatta, ſpezialmente, quando l'adempimento naſca da dolo:* Ved. i num. ſeg.

48 *Se 'l debitore per dolo del creditore, ha perduto il danaro, che doveagli pagare, allora oſta l'eccezion del dolo, e 'l pagamento ſi ha per fatto.*

50 *La*

50 *La clausola*, ex cauſſis, *fu ne' Tribunali ſecolari introdotta per decider le dubbie cauſe:* Ved. il num. ſeg.

51 *Nelle cauſe dubbie, gli antichi Giuriſconſulti prendevano un temperamento, onde contentavano l' una, e l' altra parte.*

52 *Del modo, onde i Giudici Eccleſiaſtici giudicavano, e gli antichi Padri della Chieſa componevan le liti.*

54 *Della regola da conoſcere quali ſieno le Leggi del Codice, che derogarono alle Leggi delle Pandette:* Ved. i num. ſeg.

55 *Le Pandette cominciarono a comporſi nell' anno del Signore* 530, *e furon pubblicate nell' anno* 533.

56 *Il Codice, detto* repetitae praelectionis, *fu pubblicato nell' anno* 534.

57 *Della regola da conoſcere, quando una Legge ſia ſtata corretta da un' altra poſteriore.*

59 *La pendenza della lite ha due effetti, e quali ſieno.*

60 *Della controverſia, ſe'l diffamante, o'l diffamato, ſia l' attore nel giudizio.*

61 *La pendenza della lite come s' induca contr' il reo, e come s' induca contra l' attore.*

62 *A quanti giorni ſi eſtenda la voce* SUBITO.

ALLEGAZIONE VI.

ALcune poche mal conſigliate Monache del Moniſtero di S. Giuſeppe, detto *de' Ruffi*, contravvenendo ad un' antica ſentenza paſſata in giudicato, e per cenquarantatrè anni fedelmente eſeguita; e nè poco, nè punto curando la pubblica autorità non meno de' ſommi Magiſtrati del Re, che della Curia Arciveſcovile, han fatto da un gran numero di operarj, introdotti di notte tempo nella clauſura, alzare una fabbrica ad ingiuria, ed a danni delle religioſiſſime Monache del Moniſtero

di

di S. Maria del Gesù, per le quali ora ſcrivo. Coteſto attentato dee purgare la Real Camera di S. Chiara: e 'l diritto, che hanno le mie Clienti di pretenderne prontamente l'ammenda, naſce loro da' ſeguenti fatti antichi, e recenti.

Nell'anno 1619. le Monache del Gesù ricorſero nella Curia Arcivescovile contra le Monache del contiguo Moniſtero di S. Giuſeppe, pretendendo due coſe: l'una, che ſi condannaſſero queſte a pagar loro la metà del prezzo del muro della clauſura, del quale ſi erano eſſe valute: l'altra, che non ſi proſeguiſſe, anzi ſi demoliſſe una fabbrica già cominciata ſopra 'l *lavoratorio*, in diſtanza di ſoli *otto palmi dalla lor clauſura*, come quella, che, *ſuperando per molta altezza la d. clauſura*, in grave lor pregiudizio tornava. Ad iſtanza delle parti, e d'ordine della Curia tre *perizie* ſi fecero: la prima, e la terza ſopra tutti e due i punti: la ſeconda ſul ſolo punto della fabbrica. Per riſpetto del pagamento della metà del prezzo del muro, il primo *Perito*, che fu l'architetto Giancola Franco, e 'l terzo, che fu 'l tavolario Gianberardino Ottajano, francamente affermarono, che le Monache di S. Giuſeppe eran tenute di pagarla; e fatte le debite oſſervazioni, la fecero aſcendere a duc. 657. Per riſpetto poi della nuova fabbrica, il d. Giancola, che fu 'l primo *Perito*, e 'l tavolario Giangiacomo Conforto, che fu 'l ſecondo, opinarono, che ben poteano le Monache di S. Giuſeppe, come padrone del ſuolo, alzare il nuovo edificio ſino al Cielo, quandochè però ſi alzaſſe in modo, ch' e' non poteſſero guardare nel Moniſtero del Gesù: al contrario, il terzo *Perito*, che fu, come ſi è detto, il tavolario Ottajano, opinò, che dovea quella fabbrica demolirſi, come fatta ad emulazione. In viſta delle ſole *perizie* (giacchè dalle parti ſi diè per compilato il termine) nella Congre-

gregazione tenuta dinanzi al Cardinale Arcivescovo addì 16. del mese di Ottobre dell' anno 1630, si proferì la seguente diffinitiva sentenza: *Liceat, & licitum sit Rev. Monialibus Monasterii S. Joseph extollere fabricam incaeptam supra laboratorium per palmos duodecim a pavimento, ac etiam cooperire illam tecto proportionato, super quod non possit haberi accessus, dummodo nullo modo fiant aperturae a parte Monasterii SS. Nominis Jesu, & factae occludantur fenestrae incaeptae, donec aliter in Visitatione facienda praedicti Monasterii S. Joseph per praefatum Eminentissimum Dominum fuerit ordinatum: ab impetitione vero petita per idem Monasterium SS. Nominis Jesu medietatis muri clausurae, ex causis in Congregatione discussis, absolvatur dictum Monasterium S. Joseph.*

Intendendo la Curia al ben della pace, non volle, che l' una delle due parti del tutto vincesse, e l' altra perdesse del tutto. Pretendeano le Monache del Gesù, che si demolisse la fabbrica incominciata a tenore della terza *perizia*: pretendeano le Monache di S. Giuseppe, che a tenore della prima, e della seconda *perizia*, si permettesse loro di alzarla fino al Cielo. La Curia non interamente deferendo nè all' una, nè all' altra pretensione, ridusse l' altezza della nuova fabbrica a soli 12. palmi. Secondo cotesto sistema, avrebbe dovuto la Curia non del tutto assolvere le Monache di S. Giuseppe dal pagamento de' duc. 657. Se le avesse condannate a pagarne la metà, gran favore avrebbe lor fatto: tanto chiara ed indubitata era la ragione delle Monache del Gesù per la intera somma de' duc. 657: e 'l dimostrerò io nell' ultimo Capo di questa *Scrittura*. In somma volle la Curia, non per rigor di giustizia, ma *ex caussis* assolver del tutto da quel pagamento le Monache di S. Giuseppe.

Credè, che, riducendo a soli 12. palmi l' altezza del nuo-

nuovo edificio, costituiva a benefizio del Monistero del Gesù la servitù *altius non tollendi* (il che vien talvolta dalle Leggi permesso come all'Arbitro, così ancora al Giudice di fare (*a*)) e volle, che tutti i 657 , ne fossero il prezzo.

Ma 'l Monistero del Gesù , ben conoscendo , che troppo caro gli costava l'acquisto di una tal servitù, si richiamò di cotesta seconda parte della sentenza alla S. Ruota Romana. Si richiamò ancora della prima parte il Monistero di S. Giuseppe: se non che essendosene richiamato dopo dieci dì dalla pubblicazion della sentenza, pretese il Monistero del Gesù, che la detta prima parte fosse passata in giudicato. Che che sia di ciò, certamente passò poi la sentenza per tutte e due le sue parti in cosa giudicata, tra perchè nè l'uno, nè l'altro Monistero proseguirono ne' tempi dalla Legge prescritti il giudizio dell'appellazione; tra ancora perchè l' uno , e l' altro eseguirono la sentenza. Nè di ciò si può dubitare. Nel tempo della lite, e della sentenza l'altezza della nuova fabbrica eccedeva i 12. palmi dal pavimento, onde dopo la sentenza pretese il Monistero del Gesù, che la fabbrica eccedente i 12. palmi si demolisse; come poi si fosse ridotta a 12. palmi, le si doveva in virtù della sentenza soprapporre un tetto inaccessibile : ed alta non più di 12. palmi , e coverta da un tetto inaccessibile è stata cotesta fabbrica fino al dì 8. del mese di Novembre del passato anno 1773, quando con punibile attentato se ne fece tor via il tetto, e nuova fabbrica all'antica si aggiunse. E chi è, che non vegga eseguita la prima parte della sentenza? Alla esecuzione di cotesta prima parte corrispose l' esecuzione della seconda. Sono già corsi cenquarantatrè anni dal tempo dell'

(a) *V. Sabell. Summ. v.* servitus, *num. 6.*

appellazion prodotta dalle Monache del Gesù, nè queſte han mai più curato di pretendere il prezzo della metà del lor muro. Ed ecco, che non ſolo per l'autorità della coſa giudicata, ma ancora per una preſunta convenzione nata dal fatto iſteſso, che non può ſpiegarſi altrimenti, acquiſtarono eſse ſopra 'l Moniſtero di S. Giuſeppe la ſervitù *altius non tollendi*: ſervitù, che valea molto meno di 657. ducati. Ma di ciò nell' ultimo Capo di queſta *Scrittura*.

Or chi avrebbe creduto, che le Monache di S. Giuſeppe, dopo di avere accettata coteſta ſentenza, e dopo di averla per cenquarantatrè anni eſeguita, oſaſsero d' innovare? Tanto eſse oſarono ſull' entrare del meſe di Novembre del paſsato anno 1773. E vengo ora a' fatti recenti, e ſcoprirò con tale occaſione alcune di quelle non antiche arti del foro, che *condotta* e *governo* di cauſe volgarmente ſi appellano. Nel dì 3. del detto meſe le Monache del Gesù ricorſero nella Curia Arciveſcovile di queſta Città, ſponendo, che le Monache del contiguo Moniſtero di S. Giuſeppe intendeano di levar più in alto una fabbrica contra 'l divieto, che n' era ſtato fatto loro dalla ſuddetta Curia colla traſcritta ſentenza del dì 16. del meſe di Ottobre dell' anno 1630. paſsata già da gran tempo in giudicato: ſeguentemente chieſero, che ſi ordinaſse loro di nulla innovare: e così fu loro ordinato con decreto interpoſto, e perſonalmente notificato alla Madre Priora del Moniſtero di S. Giuſeppe nello ſteſso dì 3.

Nel ſeguente dì 4. dal Regio Notajo Gennaro Gaito fu preſentata al Vicario Generale una copia di un pubblico atto proteſtativo, in cui la Priora, e le Monache di S. Giuſeppe diceano, ch' eſsendo ſtata a nome della Curia Arciveſcovile portata al lor Moniſtero una ſcrittura per notificarſi alla Madre Priora, ed

eſsen-

esendosi *lasciata infilzata nella grata, non si era voluta da loro toccare;* e che da esse *nè si sapea, nè si volea sapere il contenuto di detta scrittura.* Dica ora chi vuole, esser proprio delle donne il difetto della curiosità: che io nol credo.

Nel dì 6. del detto mese ricorsero di bel nuovo nella Curia Arcivescovile le Monache del Gesù, sponendo, che *si eran vedute entrare due carrette di legname con molti operarj nel Monistero di S. Giuseppe, col qual fatto si andava a confermare la notizia altronde da esse acquistata, che in contravvenzione degli ordini della Curia al detto Monistero giudiziariamente notificati, si volesse di nottetempo alzare la fabbrica, ch' era in controversia:* seguentemente chiesero, che si ordinasse alla Priora, ed alle Monache di S. Giuseppe di *nulla innovare, e di non introdurre, nè tenere nel lor Monistero operarj a tal fine:* e così fu loro ordinato con un secondo decreto interposto, e notificato nello stesso dì 6. E quì giova il saperci quel, che avvenne, quando il Notajo della Curia andò a notificare cotesto secondo decreto. In un atto, che ne formò, dice il Notajo della Curia, che, *avendo pregata la Rev. Signora Portinara, acciò chiamata gli avesse la molto Rev. Sig. Madre Priora, atteso dovea notificarle un decreto della Curia: colei, in sentir ciò, subito gli rispose non poterla chiamare, mentre trovavasi impedita:* che avendola ripregata, *che compiacinta si fosse di portar essa a detta Sig. Madre Priora il detto decreto, ed avendo contemporaneamente posta la copia dentro la Ruota, e voltata questa a lei dalla parte di dentro, colei, molto di ciò rincrescendosi, erasi posta a gridare, dicendogli, non volere, nè potersi ricevere detta scrittura, ed allora stessa in presenza di esso Notajo avea mandato chiamando l' Avvocato Signor D. Ignazio Parise; e che,* tornato il fervente del Moni-

ſtero, e data ſegretamente la riſpoſta alla detta Rev. Sig. Portinara, da coſtei, e da altre *Rev. Sig. Monache*, che quivi *anche ſtavano, gli fu detto, che ripigliata ſi aveſſe la detta ſcrittura, e ſe ne foſſe andato via:* ond' eſso, riepilogato ad alta voce il tenore del ricorſo, e del decreto, ſi andò via, laſciandone nella Ruota la copia. Ma perchè tanta ruſticità? Di altra voce non voglio valermi. Quell'atto proteſtativo, e le riſpoſte date dalla *Rev. Portinara* al Notajo della Curia, mi diedero chiaramente a conoſcere, che da' Savj del Moniſtero di S. Giuſeppe eraſi già riſoluto di declinare la Curia Arciveſcovile, appreſſo cui molto maggior peſo, che appreſſo il Giudice laico, avrebbe avuto la ſentenza dell' anno 1630. Ma perchè non comparire nella Curia ſteſſa, e col dovuto riſpetto allegarne l' incompetenza? A Dame religioſe, più che ad altrui, conveniva di far
2 così: così ancora richiedea la Legge, che dice (*a*): *Ex quacumque cauſſa ad Praetorem, vel alios, qui juriſdictioni praeſunt, in jus vocatus venire debet, ut hoc ipſum ſciatur, an juriſdictio ejus ſit.* Nè perchè parla la Legge del Pretore, e degli altri Magiſtrati Romani, dee ſtrana parere l' eſtenſion di eſſa alle Curie de' Ve-
3 ſcovi. Dappoichè l' Imperador Giuſtiniano (*b*), e poi gli altri Principi Criſtiani diedero a' Veſcovi la giuridizione nelle cauſe temporali delle perſone Eccleſiaſtiche, chi più, chi men largamente, diventarono eſſi Magiſtrati del Principe; e come tali, ben poſſono oggi adattarſi loro quelle parole del teſto: *Vel alios, qui juriſdictioni praeſunt.*

Nel dì 7. del detto meſe di Novembre, a nome del

(a) *L. ex quacunque 2. ff. ſi quis in jus voc. non ierit.*

(b) *Nov. 79, & 83.*

del Moniſtero di S. Giuſeppe, ſi diè *Supplica* al Re nel S. Conſiglio, in cui ſi diſſe quel, che non ſi aveva a dire, perchè vero non era; e quel, che ſi aveva a dire, ſi tacque. Si diſſe, che volendo il Moniſtero di S. Giuſeppe perfezionare un edificio nel proprio ſuolo, e dentro le mura della clauſura, i *vicini*, e tra queſti il Moniſtero del Gesù, ſi vantavano di potere, e di volere impedirglielo. E qual'altro *vicino*, oltre il Moniſtero del Gesù, di ciò ſi vantava? Niuno: ma per *condotta* e *governo* di cauſa giovava, che al Sig. Marcheſe Cito, Spettabile Preſidente, ſi deſſe ad intendere, che uniti alle Monache del Gesù, erano ancora altri laici. L'intereſſe de' laici avrebbe affecurata la *commeſſa*, che, trattandoſi di lite tra clauſtrali, e clauſtrali, difficilmente ſi ſarebbe ottenuta. Si tacquero poi i recenti decreti della Curia, e l'antica ſentenza dell'anno 1630. accettata dalle parti, e per cenquarantatrè anni eſeguita. Se ciò ſi foſſe eſpoſto, com'era da ſperare, che dal Signor Marcheſe Preſidente una tal *Supplica* ſi decretaſſe? So, che leggendo quel, che ora ſcrivo, lo ſcaltro Autor della *Supplica*, che io non ſo chi e' ſi ſia, ſorridendo, dirà, che con tal *condotta* di cauſa eragli riuſcito di ottener la *commeſſa* in perſona di un Conſigliere del S. Conſiglio, e burlarſi così de' decreti della Curia. Ed io, ſorridendo ancora, gli riſpondo, che con una tal *condotta* e' fece un atto nullo, incorſe nell'ira, e nelle pene della Legge, e nocque grandemente alla cauſa. Di queſta terza coſa darò le pruove nel terzo Capo di queſta *Scrittura*: della prima, e della ſeconda, ecco le pruove. Per Legge, ſe mendace è la *Supplica*, nullo è'l reſcritto, contenendo queſto la tacita condizione, *ſi preces veritate nitantur* (a): e conſiſte 4

il

(a) *L. univerſa 7. C. de diverſ. reſcript.*

il mendacio non solo nella falsa narrazione *sive juris*, *sive facti*; ma ancora *in sacendi fraude*, come dice l' Imperador Costanzo (*a*). Oltracciò, sta ne' libri delle Leggi espressamente vietato dar supplica al Principe pendente la lite in prima; od in seconda istanza, e molto più dopo la sentenza diffinitiva. Ce ne assecura il seguente titolo del Codice di Giustiniano (*b*): *Ut lite pendente, vel post provocationem* (ecco la prima, e la seconda istanza) *aut definitivam sententiam, nulli liceat Imperatori supplicare*. Nè 'l divieto è senza pena. Sotto il detto titolo sono due Costituzioni dell' Imperador Costantino, che non leggiere pene impongono agli Autori di tali suppliche. La prima è questa (*c*): *Supplicare, causa pendente, non licet . . . Qui autem terminatam rescripto, vel consultatione quaestionem, exquisito suffragio, refricare conabitur, IN OMNEM LITIS AESTIMATIONEM adversario suo protinus CONDEMNETUR* (ecco una pena): *omni venia deneganda, si quis contra haec supplicare tentaverit.* La seconda è questa (*d*): *Qui licitum provocationem omiserit, perpetuo silere debebit, nec a Nobis impudens petere per supplicationem auxilium. Quod si fecerit, desiderio suo carebit, &* (notisi quest' altra più grave pena) *ignominiae poena notabitur*. Se non che ciò da' Dottori s' intende di quelle sole suppliche, che, pendente la lite, o dopo la sentenza diffinitiva, si danno al Principe per alterare col pretesto di un qualche rescritto lo stato della causa. Cotesto titolo del Codice, sponendo il Wisenbachio, dice, ch' è un tito-

(a) *L. praescriptione* 2. *C. si contra jus, vel util. publ.*

(b) *Lib.* 1. *tit.* 21.

(c) *L.* 2. *Cod. eod.*

(d) *L.* 3. *Cod. eod.*

titolo, *optima ratione munitus, ne magno cum adversarii damno, expensarumque dispendio objectu Principalis rescripti longo sufflamine cursus litis tardetur, causaeve status mutetur, vel ne per sententiam actori adquisitum jus ei auferatur*. In somma ha voluto la Legge, che pendente la lite, e molto più dopo la sentenza diffinitiva, nulla s' innovasse circa lo stato della causa: in fatti il Wisenbachio cita, come concordante col titolo del Codice, il titolo delle Decretali: *Ut lite pendente nihil innovetur*. Del rimanente, non è vietato, pendente la lite, dar supplica, che la causa si decida, o che a' Giudici ordinarj altri Giudici si aggiungano, o che dopo la sentenza diffinitiva passata in cosa giudicata per non essersi prodotta a tempo l'appellazione, con un rimedio straordinario si soccorra ad un minore (a). Mi volgo ora all' Autor della *Supplica*, e'l prego a dirmi, che creda egli della sentenza dell' anno 1630? L' ha per sentenza diffinitiva passata in giudicato, come l'ho io, e'l proverò nell' ultimo Capo di questa *Scrittura*? E siamo già nel caso della Legge. La crede provvidenza interina, per quella clausola, che in essa si legge: *Donec aliter in Visitatione facienda praedicti Monasterii S. Josephi per praefatum Em. Dominum fuerit ordinatum?* E siamo nel caso della pendenza della lite, ch'è l'altro caso della Legge. Non potrà poi negarmi, ch'e' diè la *Supplica* per innovare, e mutar lo stato della causa in grave pregiudizio del Monistero del Gesù. Se mel nega, è convinto dal fatto. Data la *Supplica* al Re nel S. Consiglio, e commessa la causa, e tolta così di mezzo la Curia, si è mutata ad un tratto l' antica forma dell' edificio, ed all' antica fabbrica, 6

nuova

(a) *Cit. L. 2. C. eod. Nov. 113. cap. 1, & L. 7. §. 1. de min. V.* Peret. *in dict. tit. Cod.*

nuova fabbrica si è aggiunta. Posto che la sentenza dell'anno 1630. sia sentenza diffinitiva passata in giudicato, si è tolto al Monistero del Gesù *jus per sententiam adquisitum*: e posto, che sia una provvidenza interina, anche un *jus adquisitum* al Monistero si è tolto, cioè 'l dritto di pretendere, che non si mutasse l'antica forma dell'edificio fino a tanto che *in Visitatione facienda* dal Cardinale Arcivescovo, o da altro competente Giudice secondo la disciplina de' tempi, *aliter non fuisset ordinatum*. Vegga ora, quali effetti produca la *condotta* delle cause, quando vada disgiunta dalla scienza, e dalla osservanza delle Leggi. Ma si vada innanzi.

Nello stesso dì 7. a nome del Monistero di S. Giuseppe fecesi ricorso nella Delegazione della Real Giurisdizione, perchè in vista di una lettera del Signor Delegato non potesse più proceder la Curia ad atto alcuno. Due motivi si allegarono: l'uno, ch'essendosi commessa la causa al Signor Consigliere D. Niccolò Caracciolo, e notificata la *controsupplicata*, erasi già indotta la pendenza della lite nel S. Consiglio: l'altro, che 'l giudizio della nunziazione della nuova opera è, secondo la polizia del Regno, della privativa cognizione del Giudice laico. Nello stesso dì 7. si ottenne, qual si desiderava, la lettera, in cui si esprimono, e si approvano tutti e due cotesti motivi. Del secondo motivo, parlerò nel primo Capo di questa *Scrittura*. In quel primo è un manifesto mendacio. Ben sapea l'Autor del *Ricorso*, che la pendenza della lite non s'induce, primachè il libello dell'attore sia notificato al reo: onde, per far valere quel primo motivo, diè nel dì 7. per notificata alla Badessa del Gesù la *controsupplicata*, che veramente le fu notificata nel dì 8, come fu ancora nel dì 8. notificata al Vicario Generale la lettera del Signor Delegato. E fu *condotta* e *governo* di causa

diffe-

differire al dì seguente l' una, e l' altra notificazione. Erasi risoluto d' introdurre nel Monistero la notte precedente il dì 8. un sì gran numero di operarj, che in quella notte, ed in tutto il dì, che seguiva, potesse la nuova fabbrica alzarsi. Notificandosi al Vicario nel dì 7. la lettera del Signor Delegato, e notificandosi nello stesso dì 7. la *controsupplicata* alla Badessa del Gesù, ci era tempo da ricorrere al Signor Consigliere Commessario, e non far cominciare la fabbrica. Al contrario, notificandosi la lettera, e la *controsupplicata* nel dì 8, la prima notizia del nuovo Giudice sarebbe giunta alla Badessa del Gesù, quando da più ore era cominciata la fabbrica; e questa, primachè coll' autorità del nuovo Giudice venisse impedita, sarebbesi ancora proseguita per più altre ore, e quasi condotta al fine. In fatti l' ordine, che i fabbricatori desistessero, si ottenne la mattina del dì 9, e per ottenersi fu uopo, che 'l Procuratore del Monistero del Gesù si portasse col Mastrodatti Graziani nelle vicinanze di Acerra, dov' era il Signor Consigliere Commessario. Ma vi fu un altro motivo ancora. Si è sparsa una voce (ed ha molto del verisimile) che uno de' Savj dalle Monache di S. Giuseppe chiamati al grand' uopo, dicea, che senza gli operarj non potea farsi la fabbrica: che l' introduzion di essi, col secondo decreto della Curia, veniva espressamente vietata; e che se Giudice incompetente della nunziazion della nuova opera era la Curia, tal di certo non era degli atti risguardanti la clausura: che queste savie parole altamente commossero gli animi religiosi della più gran parte delle Monache, ch' eran presenti: onde si protestarono, che non intendeano di caricarsi le coscienze: che un altro più franco Avvocato, che io non so chi e' si sia, rispose, che avrebbe egli dal Signor Delegato della Real Giuridizione fatto an-

nullare il decreto della Curia, vietante l' introduzione degli operarj, e sarebbe così cessato lo scrupolo; e che con questo *probabilismo*, di cui sarebbonsi vergognati anche il Caramuele, e'l Diana, tranquillò loro le turbate coscienze. Ebbe dunque da correre buona parte del dì 7. per concertare il modo da far credere a quelle religiose Dame, che si era annullato quel decreto della Curia, e tornar poi al Monistero, perchè, leggendo esse co' proprj occhi il ricorso, e la lettera, ne restassero appien persuase. Ma come potea ciò sperarsi dalla dottrina, e dalla religione del Signor Delegato? La speranza era posta nella *condotta*, e nel *governo* della causa. Si sa, che i memoriali si recitano, o si riepilogano dagli Attitanti. Gran perdita di tempo sarebbero gli occupatissimi Ministri del Re, se tutti i memoriali leggessero co' proprj occhi. Fecesi dunque concerto, che'l ricorso si concepisse così: *Ricorre perciò il Supplicante nel nome suddetto dalla conosciuta giustizia di V. S. garante della Real Giurisdizione, ed umilmente la supplica a volersi compiacere di fare insinuare nel Real nome a detta Curia Arcivescovile, che non s' intrometta, nè s' inferisca e verun' atto, e MASSIMAMENTE NON IMPEDISCA L' INTRODUZIONE IN DETTO MONISTERO DI MATERIALI, ED OPERARJ*; ma che queste ultime parole dal buono Attitante non si recitassero, o riepilogassero, perchè dicendosi poi nella lettera (come per usato stile in simiglianti lettere si dice) che'l *Vicario non s' inseriffe nè procedesse ad atto alcuno nella causa enunciata in detto ricorso*, sarebbesi in questo general divieto compresa ancora la facoltà d'impedire l'introduzione degli operarj. Nè questo è un sospetto. In quel dì, che cotesto punto trattando nella Real Camera di S. Chiara, doleami io della infedeltà dell' Attitante, il veneratissimo Signor Dele-

Delegato, per quel zelo di giustizia, che tanto, e sì lodevolmente l'accende, francamente dichiarò, che della pendenza della lite nel S. Consiglio, e della privativa giuridizion del Giudice laico nelle cause di nunziazione di nuove opere, anche tra persone Ecclesiastiche, nè di altro erasi parlato dinanzi a lui. Ma ebbe finalmente il disiato effetto cotesta bella *condotta* di causa. La mattina del dì 8, in cui lo Scrivano Eldes venne a casa di Monsignor Vicario per presentargli la lettera, vi trovò l'Procuratore del Gesù, e me: ed avendo noi preteso, che non potea quella lettera comprendere ancora la facoltà d'impedire la violazion della clausura, e che perciò si compiacesse Monsignore di farne un nuovo divieto alla Priora di S. Giuseppe; ci rispose, ch'essendosi della introduzione degli operarj parlato nel ricorso, ed essendosene parlato colla giunta della parola *e massimamente*, temea, che non vi fosse compresa; e che nel dubbio nulla intendea di fare. Se non che anche tardo sarebbe stato il soccorso, perchè fin dalle ore 9. della precedente notte era la nuova fabbrica incominciata. Se ne accorser subito alcune *Serventi* del Monistero del Gesù: ed ecco tutto il Monistero in romore. La religiosissima Madre Badessa D. Ferdinanda Caracciolo seppe por modo all' ira, chè negli animi delle giovani Monache erasi giustamente accesa, e mandò a destar dal sonno a quella ora il Procuratore, e due altri Uffiziali del suo Monistero: e costoro altro non potendo fare a quell' ora, destarono il Notajo della Curia: e saliti tutti e quattro circa le ore 10. della notte sul tetto di una vicina altissima casa, osservarono, che *al lume di moltissime lucerne ad oglio, da quaranta in cinquanta* operarj si fabbricava sul luogo inibito, come dall'atto, che d'ordine di Monsignor Vi-

cario il Notajo della Curia ne formò la mattina ſteſsa del dì 8.

In queſto ſtato di coſe, il Signor Cardinale Arciveſcovo umiliò al Real Trono una lunga, e ragionata *Memoria*, in cui difeſe contra la lettera del Sig. Delegato i decreti della ſua Curia: diſse, che per effetto (cioè per abuſo) della detta lettera eraſi violata la Monaſtica clauſura, con eſserviſi ſenza ſuo permeſso, anzi in contravvenzione de' decreti della ſua Curia, introdotto di notte tempo un gran numero di operarj, non ſenza il riſchio di un qualche ſcandaloſo diſordine: commendò la criſtiana eſemplariſſima moderazione delle Monache del Gesù; ed altamente ſi dolſe della temerità delle Monache di S. Giuſeppe. Rimeſsa dal Re la *Memoria* del Signor Cardinale alla Real Camera di S. Chiara, queſta, inteſi gli Avvocati dell'uno, e dell'altro Moniſtero, opinò, che per la violazion della clauſura, proceder doveſse contra le Monache il Signor Cardinale, contra gli operarj la G. Corte della Vicaria Criminale; e nella cauſa principale il S. Conſiglio, il qual doveſse prima di ogni altro badare a purgar gli attentati: e S. M. uniformandoſi per riſpetto delle Monache, e degli operarj al parere della Real Camera, per riſpetto della cauſa principale, non oſtante che ſi trovaſse commeſsa ad un Conſigliere del S. Conſiglio, ordinò, ch' eſsa Real Camera ne foſse giudice, ed eſsa eſeguiſse la propoſta purgazion degli attentati: e queſto è 'l ſolo punto, del quale aſſi oggi a trattare.

CA-

CAPO I.

La fabbrica fatta nel Monistero di S. Giuseppe, come fatta contra i decreti della Curia Arcivescovile, è un attentato.

LA notissima definizione dell' attentato, è questa. 7
Attentato dicesi l' innovazione, che 'l litigante fa contra 'l divieto o dell' uomo, o della Legge. Poichè dunque la fabbrica fatta nel Monistero di S. Giuseppe era stata co' decreti della Curia del dì 3, e del dì 6. del mese di Novembre del passato anno 1773. espressamente vietata, come può pretendersi, che attentato non sia?

Pretendesi per lo difetto della giuridizion de' Giudici Ecclesiastici nelle cause di nunziazione di nuova opera, tuttochè tra persone Ecclesiastiche si trattino: e di ciò ne assecura la soprammentovata lettera del Sig. Delegato, e molto più la seguente Real Carta per la prima Real Segreteria ad esso Signor Delegato diretta: *Vuole il Re, che V. S. Illustriss. insinui nel Real Nome alla Curia Vescovile di Caserta, che si astenga da più inferirsi nella causa di nunziazione* novi operis *tra le Monache di S. Agostino di quel Real Sito con D. Alfonso Puoti, e le sorelle Ricci, ch' è dell' ispezione del Giudice laico. Palazzo* 31. *Agosto* 1765.

Rispondo, che se prima del detto dì 3. del mese di Novembre si fosse di cotesta Sovrana risoluzione data alla Curia Arcivescovile di Napoli quella notizia, che per occasione della presente causa tra i due Monisteri del Gesù, e di S. Giuseppe le si è primamente data,

data, nulli sarebbero i decreti da lei interposti nel detto dì 3, e nel detto dì 6. del mese di Novembre. Se'l Principe segna oggi una Carta, con cui ad un suo Magistrato toglie la giuridizione nel tale, o nel tal genere di cause, nelle quali aveala dianzi in virtù di pubbliche Leggi esercitata, e la notizia di cotesta contraria Carta gli giunge un mese dopo, con quali principj di buona giurisprudenza si potrà dire, che nulli sieno per difetto di giuridizione i decreti dentro quel mese interposti? Si aggiunge, che (per quel che io ne so) nè ad altre Curie Ecclesiastiche, oltre la Curia di Caserta, nè ad altri Magistrati, oltre il Signor Delegato, è stata dal detto anno 1765. fino al presente dì o dalla Real Segreteria, o dal Signor Delegato data notizia di cotesta Sovrana risoluzione; onde comunemente, sebben per errore, credeasi, che nulla ci fosse di nuovo dintorno a ciò: e chi è, che non sappia, che la pubblica buona fede nascente dall'error comune, basta a sostenere gli atti di giuridizione, tuttochè non
8 competente? Non è cosa nuova, che in alcune circostanze, l'error faccia Legge. Lo scrisse il Giurisconsul-
9 to Paolo (a): *Et error jus facit.* Ma'l luogo delle Pandette, donde presso che tutti gli antichi interpetri han tratta la massima, che l'error comune, massimamente nelle materie giuridizionali fa Legge, è'l famoso testo nella notissima *L. Barbarius 3. de off. Praet.* E non è da omettere un motivo particolare, per cui la Curia Arcivescovile, nulla sapendo del Real Dispaccio dell'anno 1765, potea molto probabilmente credere, che per rispetto del giudizio della nunziazione della nuova opera, e degli altri a questo simiglianti, si fosse per le più recenti Reali Carte confermata la sua giuridizione.

Leg-

(a) *L. supellectili 3. §. ult. de supellect. leg.*

Leggesi espresso nella *Memoria* del Signor Cardinale umiliata al Re. Pendea da gran tempo nella Curia Arcivescovile di Napoli una lite tra'l Principe di S. Angelo Imperiale, e 'l Monistero di S. Gregorio Armeno. Nell'anno 1772. pretese il Principe di S. Angelo, che, trattandosi di un giudizio di assistenza; vale a dire, di un'azione ipotecaria, che di sua natura è reale, dovesse rimettersi alla cognizion del Giudice laico: e S. M. uniformandosi al parere, che aveale umiliato dintorno a ciò la sua Real Camera di S. Chiara, con Dispaccio del dì 5. del mese di Decembre del detto anno 1773. sovranamente dichiarò, che, secondo *i varj confini del Sacerdozio, e dell'Imperio, avea stabilita la massima, che dove si tratti di azione reale, se ne appartenga la cognizione a' Magistrati laici:* indi ordinò, che *nel detto giudizio di assistenza, dovesse procedere il Consiglio con gli stessi atti però, e nello stesso stato, in cui si trovava la causa nella Curia Arcivescovile:* e di cotesto Real Dispaccio fu data notizia alla Curia, ch'ebbe a rimettere gli atti della causa al S. Consiglio. Or l'argomento, che quindi si trae nella *Memoria* del Signor Cardinale, è questo. Il Re nella sua Real Carta dell'anno 1773. secondo *i varj confini del Sacerdozio, e dell'Imperio*, distingue azioni da azioni, e sovranamente dichiara, che delle *reali* si appartiene la cognizione al Giudice laico, non all'Ecclesiastico: dunque lascia al Giudice Ecclesiastico la cognizion delle *personali*: e personale è di certo la nunziazione della nuova opera. 10

Ma'l Signor Delegato nella sua lettera dice, che la nunziazion della nuova opera spetta di sua natura al Giudice laico, per la ragione, ch'è un'*azione reale*.

Ora, che ho io la notizia della nuova Legge del Re, contenuta nel suddetto Real Dispaccio dell'anno 1765, venero come Legge quel, che dice il Sig. Dele-

legato, che ſpetti al Giudice laico la nunziazion della nuova opera; ma perchè non leggo nel Diſpaccio la ragion, ch'e' ne reca, poſſo con quella ſomma reverenza, in cui l'ho avuto, l' ho, e l' avrò per tutta mia
11 vita: poſſo, dico, opinare altrimenti. Nelle ſteſſe Leggi, le quali molto più penſatamente ſi ſcrivono, che una ſemplice lettera, ſono talvolta le ragioni, che vi ſi allegano, o non proprie, o non vere. Ulpiano (*a*), parlando del prodigo interdetto, dice, che non può eſſer teſtimonio nel teſtamento altrui; e ſoggiunge eſſerne la ragione, perchè *non può eſſo far teſtamento*, quandochè 'l figlio di famiglia, ſebbene non poſſa per Legge far teſtamento, ben può per Legge eſſer teſtimonio nel teſtamento di altri. Papa Innocenzo III. (*b*), parlando dell' impedimento del matrimonio naſcente dalla conſanguinità, e dall'affinità, che prima eſtendeaſi ſino al ſettimo grado, il reſtrinſe al quarto: e ne recò la ragione, *perchè quattro ſono gli umori nel noſtro corpo*, quandochè, menandoſi anche buono coteſto numero quaternario di umori, che di quel tempo comunemente ammetteaſi per l' autorità di Galeno, nulla certamente han che fare coll' impedimento del matrimonio gli umori, che ſono nel noſtro corpo. Ci ha ancora degli altri eſempj raccolti dal Cujacio (*c*), e dal Fornerio (*d*). Nè ora mi giova di ripetere le molte coſe, che diſſi nella Real Camera di S. Chiara, difendendo la *perſonalità* della nunziazione della nuova opera, primachè della ſuddetta veneratiſſima Legge del Re mi aveſſe data notizia il mio dotto Contradditore. Solamente voglio

(a) *L. is cui* 18. *qui teſtam. fac.*
(b) *Cap. non debet* 8. *de conſang. & affin.*
(c) *Obſ. lib.* 17. *cap.* 15.
(d) *Rer. quot. lib.* 3. *cap.* 23.

Digitized by Google

voglio difendermi contra un'imputazione, che gli piacque di darmi. Disse, che io, per servire alla causa, difendea nella Real Camera la *personalità* di cotesta a- 12
zione, quandochè nel tempo, ch'esso onorò la mia scuola, gli aveva io insegnato il contrario. Buon per me, che 'l mio Comento sulle Istituta di Giustiniano trovasi da gran tempo dato alle stampe, e ben due volte. Mi additi il luogo, ove il contrario gl'insegnai. Trascrivo io (e mi si permetta) il luogo, ove parlai de' diritti *in re*, da cui tutte nascono le azioni reali. Il luogo è questo (*a*): *Consentiunt omnes in quatuor haec*: *DOMINIUM*, *unde rei vindicatio*: *UTILE*, *vel QUASI DOMINIUM*, *unde utilis in rem actio*: *SERVITUTEM*, *unde confessoria*, *vel negatoria*: *PIGNUS*, *unde hypothecaria*: *& HEREDITATEM*, *seu jus succedendi in universum*, *unde nascitur petitio hereditatis*. Or quale di cotesti quattro diritti *in re* potrà mai aver luogo nella nunziazione della nuova opera? Non certamente il dominio, nol quasi dominio, nol pegno, non la eredità, non la servitù.

Ma la servitù vi fece aver luogo il mio dotto Contraddittore, recitando nella Real Camera l'intero §. *neque si agat* 2. del titolo *de action.*, dove, parlando Triboniano delle azioni nascenti dalla servitù, e nominatamente dell'azione *altius non tollendi*, di cui nella presente causa si tratta, le dichiara tutte azioni reali.

E che han di comune le azioni reali nascenti dal- 13
la servitù colla nunziazione della nuova opera? Quelle prime sono azioni civili: questa seconda, è Pretoria (*b*). Quelle prime, dalle servitù solamente nascono, come da cause immediate, nè possono nascere altronde: questa seconda, compete talvolta per dritto di servitù: talvolta an-

(a) *Ad* §. 1. *Inst. de action.*
(b) *L.* 1. *ac tot. tit. de op. nov. nunc.*

che ſenza alcun dritto di ſervitù ne dà 'l Pretore la facoltà.

14 La nunziazione dell'opera nuova ſi permette talvolta, anche ſenza alcun privato intereſſe, *publici juris tuendi gratia*, come parla Ulpiano (*a*) ; cioè, come lo ſteſſo Ulpiano ſoggiunge (*b*), per difender le Leggi, che non permettono a' privati di edificare in alcun ſacro, religioſo, o pubblico luogo, nel qual caſo, *omnes cives opus novum nunciare poſſunt* (*c*). Or dov'è in tal caſo la ſervitù? dove il *jus in re*? Chi è, che ſervitù, od altro *jus in re* poſſa vantare ne' pubblici luoghi, su i quali il ſolo

15 Principe ha dritto? Chi ne' luoghi ſacri, o religioſi, che ſono fuori del commercio degli uomini (*d*)? E' dunque

16 la nunziazione della nuova opera del tutto diverſa dalle azioni naſcenti dalle ſervitù: ſe non che 'l giudizio della nunziazione, quando per dritto di ſervitù s' iſtituiſca, è un giudizio *preparatorio* al giudizio reale della ſervitù. Si finga, che io t' impediſca la nuova fabbrica, perchè dal tuo al mio predio è dovuta la ſervitù *altius non tollendi*. Dopo la nunziazione, una delle due coſe può accadere, o che tu laſci, o che non laſci di fabbricare. Se laſci, il giudizio della nunziazione è già finito, e comincerà 'l ſecondo giudizio della ſervitù *altius non tollendi*: o non laſci, e ſi procederà alla demolizion della fabbrica: e, demolita queſta, ſarà finito il giudizio della nunziazione, e comincerà allora il ſecondo. Leggaſi tutto il titolo delle Pandette *De operis novi nunciatione*, e ſi troverà, ch' è 'l più breve e ſpedito giudizio, che in Legge ci ſia, come quello, che riduceſi al ſemplice divieto, che ſi fa della nuova ope-

ra,

(a) *L.* 1. §. 16. *eod.*
(b) §. 17.
(c) *L. in Provinciali* 3. §. 4. *eod.*
(d) *Inſt. de inut. ſtip.* §. 2.

ra, ed alla demolizione di essa nel caso, che contr' al divieto fiesi proseguita, senza che si abbia da esaminare, se a dritto, o a torto fiesi posto l'impedimento (*a*), a differenza del secondo giudizio della servitù, in cui non men del dritto, che del fatto assi a disputare, e di cui si parla nel titolo: *Si servitus vindicetur*; il quale per più titoli, anzi per più libri delle Pandette, disgiunto dal titolo *De operis novi nunciatione*.

Queste poche cose bastano a scolparmi dalla imputazione, che mi si è data. Del rimanente, poichè dopo il Real Dispaccio dell'anno 1765, o reale, o personale sia la nunziazione della nuova opera, sempre sarà vero, che alla giuridizion del Giudice laico privativamente appartiene, l'abbia pure il Contraddittore per azion reale, che più non mi deve importare, purchè non creda, che io per errore l'abbia avuta per azion personale. Che se ostinatamente vuol credere, che io mi sia ingannato, almen si compiaccia di scusar me, che mi feci ingannare, e riprenda coloro, che m' ingannarono. M' ingannò Lodovico Gomesio, che si lasciò 17
cader dalla penna le seguenti parole (*b*): *Nunciatio novi operis est personalis, & non transgreditur personam*. M' ingannò Giovanni Oldendorpio, che più diligentemente, e più dottamente, che altri distinse le nature delle azioni (*c*): *Actio est* (così della nunziazione della nuova opera e' scrisse) *in rem quidem scripta* (come tante altre personali) *sed tamen in personam*. M' ingannò Giacomo Wisenbachio (*d*), che, parlando degl' interdetti Pretorj, tra' quali è la nunziazione della nuo-

(a) *L. Praetor* 20. §. 3. *eod.*
(b) *Ad* §. *sed istae Inst. de action. num.* 13. *in fin.*
(c) *De action. class.* 3. *act.* 7. *p. m.* 360.
(d) *Disp.* 23. *ad lib.* 43. *ff. thes.* 1. *num.* 1.

va opera, onde da' Dottori (*a*), e dalle ſteſſe Leggi (*b*) *interdetto* è chiamata, ci laſciò ſcritto: *Omnia interdicta, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipſa perſonalia ſunt, L. 1. §. pen. ff. de interdict. ideſt, & ſi generaliter ſine deſignatione alicujus perſonae, ad quam dirigantur, ſcripta ſint, ad certam tamen perſonam referuntur.* E tra le molte ragioni, onde il provò, una ne recò, contra cui non ci è riſpoſta, che vaglia: ed è queſta: *Porro interdicta ſunt actiones in factum, §. ult. Inſt. b. t. L. 1. §. ult. L. 3. §. ult. ff. de vi & vi arm. L. 3. §. Praetor, ff. ne vis fiat ei, qui in poſſ. Omnis autem actio in factum, eſt perſonalis, L. 25. ff. de O. & A. L. 1. & ſeqq. ff. de praeſcr. verb. §. ult. Inſt. de L. Aquilia.*

Ma ſieno pur nulli per difetto di giuridizione i decreti del dì 3, e del dì 6. del meſe di Novembre 18 del paſſato anno 1773: nulla per difetto di giuridizione non è di certo la ſentenza dell'anno 1630: nel qual tempo non ſi dubita, che in tutte le cauſe civili delle perſone Eccleſiaſtiche, dalle feudali in fuori, procedeano le Curie de' Veſcovi a tenore de' Capitoli de' Re Angioini, confermati dal Re Ferdinando (*c*). Or nella detta ſentenza ſi dice, che la fabbrica poteva innalzarſi 12. *palmi dal pavimento*, e *dovea covrirſi di un tetto inacceſſibile*: per le quali parole, ſiccome ſi permette la fabbrica di una certa e determinata altezza, e di una certa e determinata forma, così chiaramente ſi proibiſce la fabbrica di maggior altezza, e di forma

(a) Donell. *Comm. jur. lib. 15. cap. 46.* Oldendorp. *de action. claſ. 3. act. 7.* Voet *ad tit. ff. de novi oper. nunc.*

(b) *L. Praetor 20. §. 1. & ſeq. de op. nov. nunc.*

(c) *Pr. 2. de cleric.*

forma diversa dalla prescritta: ed ecco il divieto dell' uomo, contra cui la nuova opera si è fatta. Dov' è l' altezza, e dove la forma prescritta nella sentenza dell' anno 1630? Al divieto dell' uomo si aggiunge il divieto della Legge. Posta la sentenza dell' anno 1630, o sia diffinitiva, è già da gran tempo passata in giudicato: o sia provvidenza interina, si fa luogo al titolo del Codice, *Ut lite pendente &c.*, ed alle due Costituzioni dell' Imp. Costantino da me trascritte. Per cotesto titolo, e per cotestе Costituzioni espressamente si proibisce dar supplica al Principe, pendente in prima, od in seconda istanza la lite, o passata in giudicato la sentenza: e la ragion del divieto è, perchè chi, tale essendo lo stato della causa, dà supplica al Principe, tenta d' innovare contr' al diritto dall' avversario acquistato. Or se si proibisce il tentarlo, quanto più 'l farlo? Dunque la fabbrica fatta nel Monistero di S. Giuseppe, come fatta contra i decreti della Curia Arcivescovile, è un attentato.

CAPO II.

Non solo per effetto de' decreti della Curia, ma per effetto ancora degli atti del S. Consiglio, la fabbrica fatta nel Monistero di S. Giuseppe è un attentato.

NOn di rado avviene, che da quella parte, da cui speriamo un gran bene, da quella appunto il maggior male ci venga. Tanto in questa causa è avvenuto a danni del Monistero di S. Giuseppe. Per non

far

far valere i recenti, e gli antichi decreti della Curia Arcivescovile, si diè *Supplica* nel S. Consiglio, si fece commetter la causa al Signor Consigliere D. Niccolò Caracciolo, e si notificò la *controsupplicata* alla Badessa del Gesù: e pure dall' essersi dopo cotesti atti del S. Consiglio innalzata la fabbrica, nasce la più gran pruo-
19 va dell' attentato; poichè per la citazione del reo dal Giudice competente ordinata, e legittimamente eseguita, s' induce la pendenza della lite, il cui legale effetto è, che nulla possa innovarsi, come da più titoli de' libri delle Leggi (*a*).

Ma per la contestazion della lite, non per la semplice citazione la pendenza della lite s' induce. Così 'l dotto Contraddittore.

20 Ed io rispondo, che per dritto Civile dubbia è la cosa. Interpetri di gran nome credono necessaria la contestazion della lite: Interpetri di gran nome credono, che basti la semplice citazione. Si vegga il Gonzalez (*b*). Lo stesso Contraddittore, se esso è l' autore (il che non so) del *ricorso* fatto al Signor Delegato della Real Giuridizione, ha tenuta in questa causa l' una, e l' altra sentenza. Quì, per difendere l'attentato, vuole, che sia necessaria la contestazion della lite, che manca: in quel *ricorso*, per trovarsi commessa la causa al Signor Consigliere Caracciolo, e notificata la *controsupplicata*, tuttochè notificata non fosse, ne allegò la
21 pendenza nel S. Consiglio. Per dritto Canonico non ci ha dubbio, che dalla semplice citazione nasce la pendenza della lite, e per conseguenza il divieto d' innovare. Famosa è dintorno a ciò la *Clementina 2. Ut li-*

te

(a) Tit. Cod. *Ut lite pend. vel post provoc.*, & *tit.* Decretal. & Clementin. *Ut lite pend. nihil innovetur.*

(b) Ad cap. 2. *Ut lite pend. num.* 4.

te pendente nihil innovetur, le cui parole sono: *Quum lite pendente nihil debeat innovari, litem quoad hoc pendere censemus, postquam a judice competenti in ea citatio emanavit, & ad partem citatam pervenit:* sulla qual Clementina così la Glosa (*a*): *Secure tenendum, quod non solum ea, quae post litem contestatam, sed etiam ea, quae ante, saltem post citationem attentantur, sine libello ex puro & mero judicis officio revocantur in statum pristinum.* E questa disposizione del jus Canonico è stata ricevuta in tutti i Tribunali di Europa, massimamente ne' nostri. Si dubitò ne' tempi di Afflitto, se per *orrettizio* si dovesse avere un rescritto venuto fuori in vista di una supplica, in cui non si era fatta menzione della pendenza della lite. Con tale occasione si ebbe ad esaminare, se la pendenza della lite s'inducesse per la semplice citazione. Afflitto scrive (*b*): *Dicitur lis pendere per solam citationem emanatam ad instantiam actoris, ut patet in Clement. 2. Ut lite pendente.* Soggiunge il detto di Baldo, di cui valeasi il Difensor del rescritto [*c*], *quod ante litem contestatam non est lis in aliquo statu:* indi risponde: *Ista limitatio non est vera;* e finalmente dice [*d*], che da tutto il S. Consiglio si ebbe per *orrettizio* il rescritto. Lo stesso punto fu poi ben due volte trattato nella Regia Camera della Sommaria ne' tempi del Revertera: e la prima volta *affirmative responsum fuit*, dice il Revertera [*e*], *per solam enim citationem litis pendentia inducitur, Clement. 2. Ut*

lite

(*a*) *Lit. A.*
(*b*) *Decis.* 220. *num.* 13.
(*c*) *Num.* 14.
(*d*) *Num.* 20.
(*e*) *Decis.* 87. *R. Cam.*

lite pendente: ſul qual luogo il de Marinis [*a*] : *Quod per ſolam citationem litis pendentia inducatur juxta concluſionem hic tentam ex Clem. 2. Ut lite pendente . . . ſunt jura nimis clara in cap. propoſuiſti de foro competenti, in cap. gratum, & in cap. licet de officio delegati . . . & quamvis multi Legiſtae teneant, litis conteſtationem eſſe neceſſariam, MAGIS tamen COMMUNITER in hoc ſequuntur Canoniſtas.* Non altrimenti fu per la ſeconda volta deciſo: e'l citato Revertera l'atteſta [*b*]. *Litis pendentia allegari non poterat, quum citatio, per quam litis pendentia inducitur, Clem. 2. Ut lite pendente, nulla apparebat:* ſul qual luogo il de Marinis [*c*] : *Ad confirmationem illius concluſionis, quam Dominus Regens hic firmavit, nimirum quod litis pendentia per ſolam citationem legitime factam inducatur, v. Mynſinger. &c., quamvis Legiſtae teneant, litis conteſtationem eſſe neceſſariam. Sed certe etiam Legiſtae in hoc ſequuntur Canoniſtas.* La ſteſſa maſſima, meglio che altri, difeſe il Caſaro in una delle ſue *Queſtioni*, e non ſolo da' libri del jus Canonico, ma la traſſe ancora da più luoghi de' libri del jus Civile, ſcrivendo [*d*]: *Ad inducendam veram, & propriam litis pendentiam, aliud non requiri, niſi quod ſola citatio ſit exequuta, ut in L. 1. C. ut lit. pendent., L. 1. & 2. C. quando libel. Princ. dat., L. ſi quis poſteaquam, ff. de judiciis:* ed in un' altra *Queſtione* la confermò per due Deciſioni del S. Conſiglio. Era ſtata notificata la *controſupplicata* ad un laico, a cui, morto lo ſteſſo giorno, era ſucceduto un Clerico: e coſtui pretendea, che ſi rimetteſſe la cauſa al

(a) *Num.* 1. & 2.
(b) *Deciſ.* 224.
(c) *Num.* 1.
(d) *Spec. peregr. quaeſt. q.* 29. *num.* 7.

al Giudice Ecclesiastico. Dipendea la decisione dal vedersi, se per la semplice citazione si fosse, o no indotta la pendenza della lite. Nel dì 23. del mese di Ottobre dell' anno 1645. dal S. Consiglio fu deciso contra 'l Clerico, ed in grado di reclamazione fu confermato il decreto addì 26. del mese di Gennajo dell' anno 1646, essendosi avuto per vero, che dopo la semplice citazione del reo, era già pendente la lite (*a*). Lo stesso ancora, per la stessa ragione, era stato deciso nel dì 26. del mese di Gennajo dell' anno 1627. (*b*). Anche il Rodoerio, che ne' tempi a noi più vicini trattò questo istesso punto, opinò, come il Cafaro (*c*), e come, impugnando l'opinione di Angelo, aveva opinato Alessandro, *non tantum de jure Canonico, sed etiam Civili, & sic in secularibus Tribunalibus per solam primam citationem litem, ejusque pendentiam introduci:* ed è da notare quel, ch' e' soggiunge, che seguiva cotesta sentenza, perchè prevalea ne' Tribunali secolari del nostro Regno: *Hanc ipse amplector, quum frequentius audiverim in nostris Subselliis praevaluisse.* Poichè dunque la fabbrica incominciata alcune ore prima della notificazione della *controsupplicata*, fu dopo la notificazione proseguita per tutto il dì 8. del mese di Novembre, è chiaro, che la più gran parte di essa fu fatta pendente la lite, e per attentato.

Se non che attentato fu ancora la fabbrica incominciata prima della notificazione, come fatta dall' attore. Grande, per rispetto della pendenza della lite, è 22
la differenza tra 'l caso, che l' opera si faccia dall' attore, e 'l caso, che si faccia dal reo. Facendosi dal reo, per la semplice citazione, s' induce la pendenza della lite: facendosi dall' attore, s' induce tosto, che si fia sot-

(a) *Quaest.* 25. *a num.* 5. (b) *Num.* 9.
(c) *Ad* de Marinis *cap.* 257. *num.* 4.

toſcritto dal Giudice il libello dell' attore, ordinandoſi, che 'l reo ſi citi. Così 'l Tuſco (*a*): *Litis pendentia, quoad actorem, inducitur ex ſola commiſſione, vel ex decreto de citando, licet non dum devenerit ad notitiam rei; ſed quoad reum requiritur notitia citationis.* Così ancora il Menochio (*b*): *Extenditur tertio, ut procedat fortius, quum ipſa decreta citatio non dum exequuta fuit, nam & tunc quoad ipſum actorem impetrantem lis pendere dicitur.* Così finalmente il Rodoerio (*c*): *Hanc ego amplector* (mi ſi permetta di ripetere alcune parole da me traſcritte) *quum frequentius audiverim in noſtris Subſelliis praevaluiſſe cum infraſcripto tamen temperamento, ut tunc per ſimplicem primam citationem, litis pendentia, reſpectu rei citati, inducatur, quum ad ejus aures pervenerit a competenti judice expedita... Dixi, reſpectu rei, nam quoad actorem inducitur litis pendentia, efficiturque ejus actio litigioſa per ſolam libelli porrectionem cum decretatione ſubſcripta, licet non adhuc rei citatio fuerit expedita:* e 'l confermò per più eſempj di coſe giudicate. E non oſcura è la ragione di coteſta differenza. Per maſſi-
23 ma indubitata di dritto, quando il Principe ha poſto mano all' affare, non può colui, che al Principe è ricorſo, far novità, che renda eluſorio il fatto del Principe, ed innovando, commette un attentato, per cui
24 nullo è l'atto. Se taluno ha venduto il feudo ſenza aſſenſo, ben può per la Coſtituzion di Federigo, *Conſtitutionem Divae memoriae*, primachè l'aſſenſo ſi ottenga, rivocarne la vendita. Ma ſe ha già dato il memoriale per ottenerlo, e 'l Principe vi ha poſto mano, commettendo ad un ſuo Magiſtrato l' affare, non può più rivo-

(a) *Pract. concl. lit. L. concl.* 38. *num.* 3.
(b) *De arbitrar. caſ.* 202. *num.* 8.
(c) *Num.* 4. 5. & 6.

rivocarla, perchè non si ha più per intera la cosa, e *vi si considera il disprezzo, e 'l ludibrio del Superiore*, come parla il Rodoerio (*a*): e così si è più volte deciso ne' nostri Tribunali. Si vegga il de Ponte (*b*), il Capecelatro (*c*), e 'l citato Rodoerio (*d*). Or quel, che si dice del Principe, è ancora da dire del Magistrato, che a nome del Principe, e come rappresentante il Principe, esercita la giuridizione: e molto più nel caso nostro, in cui si tratta di giudizio introdotto nel S. Consiglio per *Supplica* diretta alla *Maestà del Re*, ed a nome del Re commessa ad uno de' Consiglieri del S. Consiglio. Ora s'intende, perchè la pendenza della lite cominci prima per rispetto dell'attore, che per rispetto del reo. Il reo, non prima della citazione sa, che 'l Magistrato ha posto mano all'affare, onde non prima di cotesta scienza può contra lui aver luogo il motivo del *disprezzo* e del *ludibrio del Superiore*. Al contrario, cotesta scienza, e cotesto motivo, nell'attore cominciano, quando in vista del libello da lui presentato, i primi ordini si danno dal Magistrato. Ed o quanto è maggiore il *disprezzo*, e 'l *ludibrio* del Magistrato, quando innova l'attore, che quando innova il reo! L'attore, con pienezza di arbitrio si sottomette alla giuridizione del Magistrato, e ne implora l'autorità: il reo vi viene per necessità. Or chi non intende, quanto sia meno da tollerare, che quell'attore, che alla giuridizion del Magistrato sì di buona voglia si è sottomesso, e ne ha sì di buona voglia implorata l'autorità, dappoichè 'l Magistrato, deferendo alla di lui istanza, ha ordinata la citazione

(a) *Ad* de Marinis *resol. lib.* 1. *cap.* 124.
(b) *De pot. Proreg. tit.* 8. §. 7. *num.* 2.
(c) *Consult.* 108.
(d) *Ad cit. cap.* 124.

del reo, quell'istesso attore più non curi il Magistrato, e si faccia, come si suol dire, la giustizia colle sue mani? E quì giova, che si dia un guardo alla *Supplica* data nel S. Consiglio a nome del Monistero di S. Giuseppe. Espone il Monistero, che i vicini, e tra questi il Monistero del Gesù, si vantavano di volere impedire una fabbrica, che intendeva esso di fare nel proprio suolo: indi supplica il Re; che commetta tal causa ad uno de' suoi Consiglieri, *intendens ejus jura adversus jactationes praedictas in S. R. C. experiri, ibique ordinari facere, non esse Supplicantem turbandum in constructione propriorum aedificiorum.* Secondo il proprio significato di coteste parole, attende il Monistero dal S. Consiglio il decreto ordinante, che gli sia lecito di fabbricare, senza che altri il turbi. E poi, dati appena i primi ordini dal Consiglier Commessario, perchè venga in giudizio il reo, alza senz' alcun decreto, che gliel permetta, la fabbrica! Qual maggior *disprezzo*? qual *ludibrio* maggiore? Ma perchè di *disprezzo*, e di *ludibrio* io parlo, e non
26 parlo ancora di *violenza*? Violenza è in Legge farsi la giustizia colle sue mani, massimamente, quando il Magistrato ha già posto mano all' affare. Torna bene quì un bel luogo di Callistrato, ch' è geminato nelle Pandette (*a*). Un tal Marciano, che si avea fatta la giustizia colle sue mani, diceva all'Imperadore, Io non ho fatta alcuna violenza: *Vim nullam feci*; ma ecco, come il savio Imperador gli rispose: *Caesar dixit, Tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? Vis est & tunc, quotiens quis id, quod deberi sibi putat, non per judicem reposcit.* Dunque non solo pe' decreti della Curia, ma per gli atti ancora del S. Consiglio tutta la nuo-

(a) *L. extat 13. quod met. caus.*, *& L. creditores 7. ad L. Jul. de vi priv.*

nuova fabbrica fatta nel Monistero di S. Giuseppe è un attentato.

CAPO III.

Anche nel caso, che nulli sieno per difetto di giuridizione i decreti della Curia, e che non ci sieno gli atti del S. Consiglio, la fabbrica fatta nel Monistero di S. Giuseppe è un attentato.

STrana a prima giunta può parere a taluno questa terza mia proposizione, e strana non è di certo. Quando nulli fossero per difetto di giuridizione i decreti della Curia, nè ci fossero gli atti del S. Consiglio, ne seguirebbe, che nè contra l'espresso divieto del Giudice, nè contra 'l divieto della Legge, per la pendenza della lite, sarebbesi fatta la nuova fabbrica; ma perchè questa fosse un attentato, uopo non era nè dell'uno, nè dell'altro divieto: bastava il divieto, che ne avesser fatto per privata autorità le Monache del Gesù. Per chiara ed espressa disposizion di Legge, anche nel caso del divieto fatto per privata autorità, non può colui, al quale si è fatto, por mano alla nuova opera: e, ponendovi mano, commette un attentato, che si dee poi ammendare colla pubblica autorità del Magistrato. Ulpiano, interpetrando l'Editto del Pretore: *De operis novi nunciatione*, dopo di avere scritto (a): *Hoc Edicto promittitur, ut sive jure, sive injuria opus fieret, per nunciationem inhiberetur*, soggiunge (b): *Nunciatio ex hoc Edi-* 27

(a) *L.* 1. *de oper. nov. nunc.*
(b) §. 2.

Edicto non habet neceſſariam Prætoris additionem : poteſt enim nunciare quis , etſi eum non adierit . E' dunque
28 nell'arbitrio di chi vuole impedire una nuova opera, o farla impedire dalla pubblica autorità del Magiſtrato, od impedirla da ſe colla privata autorità ſua, ed in queſto ſecondo caſo valerſi o della lingua, o della mano: della lingua, vietando con ſemplici parole la nuova fabbrica : della mano , lanciando nel luogo , ove la nuova opera ſi vuol fare , una pietruzza , ſimbolo
29 della vicina lite (come ſimbolo di vicina battaglia era talvolta appreſſo gli antichi il getto di un dardo (*a*), e ſimbolo di vicino duello fu poi ne' baſſi tempi il getto di un guanto (*b*)): e così s'intende quel, che in un
30 altro luogo dello ſteſſo Ulpiano ſi legge (*c*) , *per manum , ideſt, lapilli jactum prohibere*. Non ci è poi differenza, in quanto all'effetto , tra la nunziazione fatta
31 per pubblica autorità , e la nunziazione fatta per autorità privata : *Omnium iſtarum denunciationum* , dice il Donello (*d*) , *ad effectum nunciationis , vis eadem . . . . . nam his omnibus modis pariter conſequimur , ut utiliter inhibeamus novum opus*. E ciò ne' libri della Legge chiaramente s'inſegna. Sponendo Ulpiano l'Editto del Pretore *Quod vi , aut clam*, col quale ſi ordina la demolizion dell'opera, che *vi*, o *clam* ſi è fatta (*e*), domanda (*f*), *quid ſit vi factum ;* e riſponde: *Vi factum videri , Q. Mucius ſcripſit , ſi quis contra , quam prohiberetur , fecerit :* e perchè la demolizion dell'opera non ſi re-

(a) Virg. *Aeneid. lib. 9. v.* 53.
(b) Cang. *Gloſſar. v.* Chirothecam porrigere.
(c) *L. de pupillo* 5. §. 10. *eod.*
(d) *Comment. jur. civil. lib.* 15. *cap.* 46. *num.* 14.
(e) *L.* 1. *ff. quod vi, aut clam.*
(f) §. 5.

ſi reſtringa al ſolo caſo del divieto fatto per pubblica autorità, ſoggiunge (*a*): *Sed & ſi quis jactu, vel minimi lapilli prohibitus facere, perſeveraverit facere, hunc quoque vi feciſſe videri . . . . Sed & ſi contra teſtationem, denunciationemque fecerit* (queſto è 'l divieto fatto dal vicino con ſemplici parole) *idem eſse, Caſcellius, & Trebatius putant: quod verum eſt.* Non altrimenti il giuriſconſulto Paolo (*b*): *Vi facit is, qui prohibitus fecit . . . . prohibitus autem intelligitur quolibet prohibentis actu: id eſt, vel dicentis ſe prohibere, vel manum opponentis, lapillumve jactantis prohibendi gratia.* Ecco, che fatto il divieto per privata autorità o colla lingua, o colla mano, ſe non ſi deſiſte dall'opera, ſi fa luogo all' Editto, che ordina in tal caſo la demolizione, e perciò *reſtitutorio* ſi appella.

E ben da maravigliare, che le Leggi Romane tanto permettano ad un uom privato, quanto parrebbe di non doverſi, ſenza cognizion di cauſa, permettere, nè meno al Magiſtrato. Ecco, come ne fa le maraviglie il Duareno (*c*): *Hoc Edictum interpretatur Ulpianus in hoc initio, ex quo duo colligenda ſunt. Primum eſt: poſt nunciationem ſi quid factum fuerit, id reſtituendum eſſe, ſive jure, ſive injuria factum ſit. Magna eſt igitur vis, & mira potius hujus nunciationis. Mirum eſt, ſola nunciatione hominis privati impediri aedificationem. Tantumne poteſt hominis privati inhibitio? Nam ne Magiſtratui quidem id videretur permittendum ſine cauſſae cognitione.* Laſciò poi di maravigliarſene il Duareno, riflettendo, che, a tor via l'occaſione di atti violenti, a' quali facilmente verrebbero chi vuol fare la nuova opera, e chi per 32

pri-

(a) §. 6. & 7.

(b) *L. vi facit* 20. *pr.* & §. 1. *eod.*

(c) *Praelect.* 1. *ad L.* 1. *de oper. nov. nunc.*

privata autorità sua l'impedisce, stimò la Legge util cosa all'uno, ed all'altro ordinare, che, fatta la nunziazione, rimanesse la cosa nello stato, in cui si era, sinattantochè non esaminasse il Magistrato i meriti della causa, a simiglianza di quel, che avviene nell'appellazione, la quale, tuttochè prodotta da un uom privato, fa, che intanto nulla s'innovi, e che l'innovato si riduca allo stato primiero. Nè perchè potrebbe accadere, che oltre il farsi una tal nunziazione per privata autorità, si facesse ancora senza alcun fondamento di giustizia, dee parer cosa ingiusta, che se, non ostante una tal nunziazione, siesi fatta la fabbrica, il Magistrato la faccia senza cognizion di causa demolire, poichè cotesta privata nunziazione, venendo dall'Editto permessa, si vuol considerare, come fatta per la pubblica autorità del Pretore, il quale, ordinando poi la demolizion della fabbrica, nol fa per rendere diritto alla parte, ma per vendicare l'offesa autorità sua: *Utilius visum est* (meritano di essere quì trascritte le parole del Duareno) *ita consuli utrique, ut interim in eodem statu res remaneat. Haec igitur nunciatio similis est quadantenus appellationi, quae etiam interponitur ab homine privato. Interposita appellatione, nihil innovari oportet*, L. 1. *nihil nov. appell. pend. Et si quid innovatum, aut* [*ut vulgo loquimur*) *attentatum sit, id restitui debet sive jure, sive injuria, dicta L.* 1., *& cap. non solum de appell. in 6. Datur igitur interdictum restitutorium adversus eum, qui, spreta nunciatione, aedificavit*, L. *Praetor in pr. & §. ait. Praetor: in quo interdicto non quaeritur, an jus aedificandi habuerit. Causa hujus severitatis, & rigoris, est contemta Praetoris auctoritas, d. L. Praetor ait*, §. 1.; *nam etsi homo privatus sit, qui nunciat, tamen, quasi actore Praetore, nunciat, quia*

nun-

nunciat sequutus Edictum Praetoris. A coteste belle riflessioni del Duareno, aggiungo, che se permise a ciascuno il Pretore d' impedire la nuova opera per privata autorità, permise nel tempo istesso a colui, al quale si era fatto il divieto, di proseguire, non ostante l'impedimento, l' opera incominciata, se avesse data cauzione di demolirla, caso che così si fosse giudicato: *Sciendum est*, sono parole del giurisconsulto Paolo (a), *facto operis novi nunciatione, cui nunciatum, abstinere oportere, donec caveat; tunc enim si jus aedificandi habeat, recte aedificabit*. Avendo dunque colui, al quale si faceva il divieto, un modo così agevole e spedito da proseguire l'opera incominciata, non era da temere, che si venisse ad atti violenti. 33

Si venga ora al nostro caso. Quando nulli fossero per difetto di giuridizione i decreti della Curia, mancherebbe la nunziazione della nuova opera fatta per pubblica autorità; ma non mancherebbe la privata. Sieno pure atti privati, ed estragiudiziali gli atti della Curia: per essi bastantemente si prova, che prima d' innalzarsi la nuova fabbrica, era stata questa impedita dalle Monache del Gesù, e ne aveano avuta scienza le Monache di S. Giuseppe. Perchè vaglia la nunziazione, che si fa per autorità privata, e tanto vaglia, quanto quella, che si fa per decreto di Magistrato, altro non richiede la Legge. Dunque, anche nel caso, che nulli sieno per difetto di giuridizione i decreti della Curia, e che non ci sieno gli atti del S. Consiglio, la fabbrica fatta nel Monistero di S. Giuseppe è un attentato.

(a) *L. non solum* 8. §. 4. *de oper. nov. nunc.*

CAPO IV.

La fabbrica fatta nel Monistero di S. Giuseppe, si ha da demolire: nè prima può 'l Giudice farsi ad esaminare i meriti della causa principale.

L'Accorto Difensore delle Monache di S. Giuseppe vorrebbe darci ad intendere, che non si possa parlare di demolizion di fabbrica, primachè si vegga, se aveano, o no le Monache di S. Giuseppe ragion di farla, e le Monache del Gesù ragion d'impedirla. Ma nol darà certamente ad intendere alla Real Camera di S. Chiara, che nella *Relazione* umiliata al Re, quando trovavasi commessa la causa al Signor Consigliere Caracciolo, ben consapevole di quel, che dintorno a ciò le Leggi dispongono, fu di parere, che dovesse il S. Consiglio, prima di ogni altro, badare alla purgazion de-
34 gli attentati. Cotesto savissimo parere della Real Camera, giustificherò io in quest'ultimo Capo per quel, che ne' libri delle Leggi è scritto dell'interdetto *De operis novi nunciatione*, e dell'interdetto *Quod vi, aut clam*, giacchè chi dopo il divieto ha fatta la nuova opera, dice Ulpiano (*a*), che *duobus interdictis tenetur: uno, quod ex operis novi nunciatione competit: altero, quod vi, aut clam.* Si è trascritto già nel precedente Capo il luogo di Ulpiano, ove dicesi, che per la nunziazione della nuova opera, dee questa cessare, *sive jure, sive injuria fiat.* Ne aggiungo quì tre altri molto più espressi-

vi

(a) *L. si alius 7. §. 2. quod vi, aut clam.*

vi dello ſteſso Ulpiano: *Parvi refert* (e' dice nel primo (*a*), parlando di chi fa la nuova opera dopo il divieto) *utrum jus habuerit faciendi, an non; ſive enim jus habuit, ſive non, tamen tenetur interdicto, propter quod vi, aut clam fecit: tueri enim jus ſuum debuit, non injuriam comminiſci*. Dice Ulpiano, che *parvi refert, utrum jus habuerit faciendi, an non*. Dunque non vuole, che 'l Giudice ſi faccia ad eſaminarlo. Ne reca la ragione, *propter quod vi, aut clam fecit*. Al fatto, non al jus, dee por mente il Giudice. Trova, che dopo il divieto dell' uomo, o della Legge, ſi è fatta la nuova opera *vi*, o *clam*? Tanto gli dee baſtare per ordinarne la demolizione. *Qui facit* (e' dice nel ſecondo (*b*)) *etſi jus faciendi habuit, tamen contra interdictum Praetoris facere videtur: & ideo hoc deſtruere cogitur*. Che può 'l Moniſtero di S. Giuſeppe altro pretendere, che *jus faciendi habuit*? Ed io dico, che l'ebbe: contuttociò, perchè fece *contra interdictum Praetoris*, deve aver pazienza, *& deſtruere cogitur*. Dice finalmente nel terzo (*c*): *Denique eſt quaeſitum, an hoc interdicto utenti exceptionem poſſit objicere, quod jure meo feceram?* (Queſta è la lezion volgata, che ſi dee ritenere). *Et magis eſt, ne poſſit; nam adverſus vim, vel quod clam factum eſt, nulla juſta exceptione ſe tueri poteſt*. Notiſi, che nel caſo propoſto da Ulpiano, chi dopo il divieto ha fatta l'opera nuova, vuol' entrare ne' meriti della cauſa principale, dicendo, *Jure meo feci*; ma non gliel permette Ulpiano, perchè fatta l'opera *vi*, o *clam*, della ſola violenza, e della ſola clandeſtinità aſſi a trattare, e contra queſta, o quella non vale l' eccezione, *Jure meo feci*, com' ec-

(a) *L. Praetor* 1. §. 2. *quod vi, aut clam.*
(b) *L. Praetor* 20. §. 1. *de oper. nov. nunc.*
(c) *L.* 1. §. 3. *quod vi, aut clam.*

cezion risguardante nol fatto, ma 'l dritto: non la violenza, o la clandestinità, ma i meriti della causa principale. Dimostrino prontamente le Monache di S. Giuseppe, che la fabbrica fatta nel lor Monistero non fecesi *vi*, o *clam*, ed entreremo allora ne' meriti della causa principale. Ma, come potranno mai dimostrarlo? Dell'aver' esse inalzata la fabbrica *vi*, come si può dubitare? L'hanno esse inalzata contra 'l divieto dell'uomo, e della Legge, e facendosi la giustizia da se, quando aveva il Magistrato posto mano all'affare: e che l'averla a cotesto modo inalzata, sia aver fatta violenza, si è da me per più luoghi del jus Civile, e per belle autorità di gravissimi Dottori provato ne' tre precedenti Capi di questa *Scrittura*. Dell' averla esse inalzata *clam*, non ci lascian dubitare Ulpiano, e Venulejo. Scrive Ulpiano (*a*): *Clam facere eum, qui celavit adversarium.* E chi *celavit adversarium* più che 'l Monistero di S. Giuseppe, il quale, burlandosi del decreto della Curia, *Non introducat operarios* (decreto, per rispetto di cui non potea, nè può di certo aversi per incompetente la Curia Arcivescovile) introdusse di notte tempo nella clausura tanti, e tanti operarj? Scrive Venulejo (*b*): *Etiam eum clam facere, qui existimare debeat, sibi controversiam futuram.* E chi *existimare debeat sibi controversiam futuram* più che 'l Monistero di S. Giuseppe, che non solo ben fondato sospetto avea della futura controversia, ma non poteva ignorare, ch' era già mossa? Voglio ora, per servire all' uso del foro, confermare coteste chiarissime disposizioni del Roman dritto con qualche esempio di cosa giudicata. E contentomi di due, che vaglion per mille, perchè tratti dal

Codi-

(a) *L. prohibere 3. §. 7. eod.*
(b) *L. Servius 4. eod.*

Codice del grande Antonio Fabro. Il primo è questo (*a*): *Attentata in praejudicium litis pendentis; aut interpositae appellationis licet verbo tantum revocandae sunt, sed ita tamen, ut verbo quoque revocari sufficiat: sin factum sequutum est* (qual' è 'l nostro caso) *facto etiam ad ea revocanda opus est: & QUOUSQUE REVOCATA SINT, REMORANTUR JUDICIS OFFICIUM, ET COGNITIONEM, etiam in exequutione judicati.* Il secondo è questo (*b*): *Petenti revocationem attentatorum, nil nocet exceptio non juris.* Questa è la più forte eccezione, che si potrebbe opporre a colui, che viene ad impedire un' opera, che uom vuol fare nel proprio suolo. E pure *nil nocet.* E perchè? *Quoniam* (notisi questa bellissima ragione) *attentatorum revocatio non ad jus collitigatoris dumtaxat pertinet, sed ad publicam praecipue utilitatem, ut quod IN SPRETUM JUDICIS perperam factum est, PER JUDICEM VINDICETUR.*

Ma poichè tanto piace al venerato Contraddittore, che si entri ne' meriti della causa principale, vi si entri per poco. Si è detto in questa *Scrittura*, che la Curia Arcivescovile, riducendo a soli 12. palmi l' altezza del nuovo edificio fatto inalzare dalle Monache di S. Giuseppe, costituì a benefizio del Monistero del Gesù la servitù *altius non tollendi*. Or di cotesta costituzion di servitù non si può dubitare, poichè non si può altrimenti intendere, come avesse la Curia assolute *ex caussis* le Monache di S. Giuseppe dal pagamento di duc. 657, ch' eran tenute senz' alcun dubbio di pagare per la metà del muro della clausura. Eran loro contrarie due *perizie* uniformi: e più, che le *perizie*, era loro contraria la ragione. Che si fossero esse-

valu-

(a) *Lib.* 1. *Cod. tit.* 10. *def.* 1.
(b) *Def.* 4.

valute del muro del Moniſtero del Gesù, non era da dubitare nè molto, nè poco. Tra l'uno, e l'altro Moniſtero era una viottola larga otto palmi, nella quale guardavano le Monache del Gesù da un'apertura, ch'era nell'alto del muro della lor clauſura. Coteſta viottola fu dal Collaterale di quel tempo conceduta al nuovo Moniſtero di S. Giuſeppe, che, ſiccome ſenza la detta conceſſione avrebbe dovuto ſpendere più migliaja di ducati per fare, dove cominciava la viottola, fabbricare il muro della ſua clauſura, così, dopo la detta conceſſione, ebbe ſolamente a chiudere i capi della detta viottola con fabbrica attaccata agli eſtremi del muro del Gesù: e di queſto *ſi fece ſcudo*, come parla il tavolario Ottajano, per la ſua clauſura: ed oltracciò, preteſe, che quell'apertura, che guardava prima nella viottola, e poi, tolta quella di mezzo, nel ſuo giardino, dalle Monache del Gesù ſi chiudeſſe, come in fatti ſi chiuſe. Chi è ora, che chiaramente non vegga, che non potean le Monache di S. Giuſeppe eſſere per giuſtizia aſſolute da quel pagamento: e che, ſe ne furono aſſolute *ex cauſſis*, ne fu la cagione non altra, che la coſtituzione della ſervitù *altius non tollendi*, di cui que' 657. ducati eſſer doveano il prezzo?

Si è detto ancora, che, nulla oſtanti i richiami dall'uno, e dall'altro Moniſtero prodotti, fu la ſentenza per tutte le ſue parti da eſſi accettata, e che ſi è veduta fedelmente eſeguita ſino al dì 8. del meſe di Novembre del paſſato anno 1773; e che ſeguentemente non ſolo per l'autorità della coſa giudicata, ma ancora per una preſunta convenzione nata dal fatto iſteſſo, che non può ſpiegarſi altrimenti, acquiſtarono le Monache del Gesù la ſervitù *altius non tollendi*. E come ſe ne può dubitare? E' dottrina di Bartolo, *comunemente canonizzata* nel foro, come parla il Cardinal de Luca

ca (*a*), che ben si ammette per Legge la pruova presuntiva della costituzione di qualunque servitù. Or non si troverà caso, in cui tante, e tanto forti presunzioni concorrano di servitù costituita per chiara ed espressa convenzion delle parti, quante, e quanto forti sono quelle, che nel nostro caso concorrono. Si fa per dieci anni con ostinatissima stizza una lite. Le pon fine una sentenza, che riesce disgustosissima all'una parte, ed all'altra. Toglie all'una la libertà di edificare nel proprio suolo: toglie all'altra, ducati 657, che l'eran dovuti: onde tutte e due le parti se ne richiamano. Ad un tratto poi si tranquillano gli animi: l'appellazione non si prosegue: si demolisce la fabbrica eccedente i 12. palmi: si copre quella, che resta, di un tetto inaccessibile; e del pagamento de' duc. 657. più non si parla. Queste cose non possono intendersi altrimenti, che supponendosi tra i due Monisteri una espressa convenzione, in virtù di cui in esecuzion della sentenza a benefizio del Monistero del Gesù si costituì la servitù *altius non tollendi*, in compenso de' duc. 657. Assi a rinnegare il senso comune, per non creder così.

A cotesta presunta convenzione, si aggiunga ancora la prescrizione. Nelle servitù non ha luogo l'usucapione (*b*), poichè questa, senza il consenso, non può procedere (*c*); e delle servitù, come di cose incorporali, non 38 ci è vero possesso (*d*). Ma poichè val per possesso l'uso di esse (*e*), che perciò *quasi possessio* da' Romani 37

giu-

(a) *De servit. disc. 2. num. 11.*
(b) *L. si aliena 10. §. 1. de usurp., & usuc.*
(c) *L. sine 25. ff. eod.*
(d) *L. servus 43. §. 1. ff. de adq. rer. dom.*
(e) *L. quoties 20. ff. de servit.*

giuriſconſulti ſi chiama (*a*); ſe non ha luogo in eſse la vera uſucapione, vi ha certamente luogo la preſcrizione, che dal Duareno (*b*) *quaſi uſucapione* vien detta: nè di ciò ci fa dubitare il giuriſconſulto Ulpiano, ſcri-
39 vendo (*c*): *Sane in ſervitutibus hoc idem ſequimur, ut ubi ſervitus non invenitur impoſita, qui DIU USUS EST ſervitute, neque vi, neque precario, neque clam, habuiſſe longa conſuetudine, vel ex jure impoſitam ſervitutem videatur.* Su quel *diu* cade il dubbio, volendo altri, che tempo men lungo: altri, che più lungo tempo dinoti. La ſentenza dalla più gran parte de' Dottori
40 tenuta (*d*), è queſta, che ſi abbia da por differenza tra le ſervitù *continue*, cioè le ſervitù, che ſono in continuo uſo, nè richieggono alcun fatto dell'uomo, e le *diſcontinue*; cioè, le ſervitù, che non ſempre ſono in uſo, e richieggono il fatto dell'uomo: che a preſcriver le *continue*, biſogni quello ſteſso tempo, che dalle Leggi è preſcritto per la uſucapione delle coſe immobili; cioè, di 10. anni tra i preſenti, e di 20. tra gli aſsenti: a preſcriver poi le *diſcontinue*, biſogni un tempo, del cui principio non ci ſia memoria d'uomo.
41 La ſentenza de' Dottori di minor numero, ma di più grande autorità, tra' quali è 'l Duareno (*e*), è, che ſenza por differenza tra le ſervitù *continue*, e le *diſcontinue* (differenza in quanto alla diverſità del tempo ignota alle Leggi Romane) nella preſcrizion delle ſervitù, generalmente ſi oſſervi il tempo dalle Leggi preſcritto

(a) *L. ſi quis diuturno* 10. *ff. ſi ſerv. vindicetur.*
(b) *Diſput. anniv. lib. 1. cap.* 34.
(c) *L.* 1. §. *ult. de aqua, & aqu. pluv. arc.*
(d) *V.* Sabell. *v.* ſervitus, *num.* 7. *verſ.* quinto requiritur.
(e) *Loc. cit.*

scritto per la usucapione delle cose immobili, cioè di 10, o di 20. anni, secondochè si è detto: e questa sentenza in più luoghi de' libri della Legge si appoggia, e specialmente nel trascritto luogo di Ulpiano; dove, parlandosi generalmente delle servitù, si dice, che acquistansi *LONGA consuetudine*: il qual modo di dire, secondo l'usato stile de' Giurisconsulti Romani, non altro tempo dinota, che di 10. anni tra i presenti, e di 20. tra gli assenti. Singolare è poi l'opinione del Parladoro (*a*), che o *continue* sieno, o *discontinue* le servitù, non altrimenti si prescrivano, che per tempo, del cui principio non ci sia memoria d'uomo.

L'altro dubbio è, se, come per la usucapione delle 42
cose corporali, così ancora per la prescrizione delle servitù, sia necessaria la pruova del giusto titolo, e della tradizione. La comun sentenza dal Vinnio difesa (*b*) contr'al Duareno, è, che per la prescrizione delle servitù, non sia necessario provarsi nè 'l titolo, nè la tradizione, ma basti la pruova del quasi possesso di esse nè violento, nè clandestino, nè precario, tenendo in questo caso il luogo del titolo, e della tradizione la scienza, e la pazienza del padrone del fondo serviente. Questa comun sentenza, anzi che opinion di Dottori, è una chiara ed espressa disposizion della Legge, della quale testimonianza ci rende il giurisconsulto Ulpiano (*c*): *Si quis diuturno usu, & longa quasi possessione, jus aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo; sed utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se, non vi, non clam, non pre-*

(a) *Rer. quot. lib.* 1. *cap.* 1. §. 8.
(b) *Ad* §. 4. *Inst. de servit. rust. num.* 4.
(c) *L. si quis diuturno* 10. *ff. si servit. vind.*

cario possedisse. Le parole: *Non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo*, escludon del tutto la necessità della pruova del titolo, e della tradizione. E le parole, *si quis diuturno usu = ut ostendat, per annos forte tot usum se, non vi, non clam, non precario possedisse*, sì chiaramente confermano la comun sentenza, che luogo non lasciano a dubbio alcuno. Se non che distingue il Vinnio due casi: l'uno, se costi, essere stata costituita la servitù da colui, che si avea per padrone, e padrone non era: l'altro, se di ciò nulla si sappia: e nel primo caso, crede necessaria nella prescrizione, come nella usucapione, la pruova del titolo, e della tradizione; non già nel secondo: *Modus*, e' scrive (a), *per usum, ac possessionem nostram servitutem capiendi duplex. Unus communis cum usucapione rerum corporalium, si quis eam a non domino, quem dominum existimabat, constitutam per tempus legitimum continenter possederit, L. ult. in fin. C. de praescr. long. temp.: alter servitutum proprius, si nullo quidem titulo praecedente, ceterum nec vi, nec clam, nec precario, idest domino praedii servientis sciente, & patiente, per continuum definiti temporis spatium, servitute usi sumus, L. 10. si serv. vind. L. 1. in fin. de aq. pluv. arc. L. 1. & L. 2. C. hoc tit., ut hic scientia, & patientia domini loco tituli, aut boni initii, & traditionis sine possidenti, & longi temporis consuetudo vicem servitutis obtineat. In priore specie, titulus necessarius est, uti semper cum initium possessionis est a non domino, inf. de usuc. in pr. . . . In posteriore scientiam exigimus, titulum non item . . . Sententia communis, a qua frustra recedit Duarenus.*

Risolvansi ora cotesti due dubbj, come più piace al

(a) *Loc. cit.*

al venerato Difensore delle Monache di S. Giuseppe. Sempre sarà vero, che la servitù *altius non tollendi*, da gran tempo è prescritta. Delle tre sentenze nel primo dubbio proposte, la più favorevole a lui, sarebbe quella, secondo cui non per altro tempo, che per l'immemorabile si prescriverebbe la servitù *altius non tollendi*: ed in cenquarantatrè anni ci è'l tempo immemorabile, e ci è ancora di avanzo. E cessa ora del tutto il secondo dubbio. Questo ha luogo nel solo caso della prescrizione di tempo lungo. Nella prescrizion centenaria, od immemoriale, non ci ha uopo di provar titolo, e tradizione, conciosiachè sia essa il *miglior titolo del mondo*, come la chiamano comunemente i Dottori. Nè ad escluder cotesto bel titolo, di cui, oltre la convenzione, possono valersi le Monache del Gesù, ricorra il Cotraddittore alla volgarissima dottrina degli atti facoltativi. Questa, non può aver luogo, dove ci è stata contraddizione: e la contraddizione, nel caso nostro, cominciò nell'anno 1619, e finì nell'anno 1630.

Or che opppone il dotto Contraddittore? Dice, che'l luogo, di cui parlò la sentenza dell'anno 1630, non è quello, sopra cui si è ultimamente innalzata la nuova fabbrica.

Ed io gli rispondo per Legge, e per fatto. Dico per Legge, che di quella fabbrica, che si è ultimamente innalzata, di quella si è fatta il divieto: se poi quello non è l'antico luogo, ne segue, che'l divieto si è fatto *injuria*, *non jure*. Ma per più luoghi delle Leggi in questo istesso Capo ho io dimostrato, che, quando anche *injuria*, *non jure*, si faccia il divieto, colui, al quale si fa, dee desistere dall'opera, e non desistendo, commette un attentato: onde, quando questo sarà purgato, allora gli farò vedere, che 'l luogo, in cui si è ultimamente innalzata la fabbrica, è l'antico

luogo, di cui ſi parla negli atti antichi della Curia. Ma gliene voglio anche ora dir qualche coſa: ed ecco, che gli riſpondo per fatto. Oltre i molti ſegni, che non ce ne poſſono far dubitare, ce n'è uno, che val per molti, ed è queſto. Il tavolario Giangiacomo Conforto, dice nella ſua relazione, che diſtava quel luogo *otto palmi* dalla clauſura del Gesù: e tanto ne diſta il luogo, in cui la nuova fabbrica ultimamente ſi è fatta: nè ci è altro luogo, che *otto palmi*, nè più, nè meno ne diſti.

Di Caſa nel dì 28. dell'anno 1774.

Giunta alla Scrittura data fuori per lo Venerabile Moniſtero del Gesù.

NEl I. Capo della mia I. *Scrittura*, ho dimoſtrato, che la fabbrica fatta nel Moniſtero di S. Giuſeppe de' Ruffi, come fatta dopo i decreti della Curia Arciveſcovile del dì 3, e del dì 6. del meſe di Novembre del paſſato anno 1773, che ne faceano eſpreſſo divieto, è un attentato; e che non oſta il Real Diſpaccio del dì 31. del meſe di Agoſto dell'anno 1765, nel quale ſi dice, che *la cauſa di nunziazione novi operis, è dell' iſpezione del Giudice laico*, tra perchè fu coteſto Diſpaccio dal Re diretto al ſolo Signor Delegato della Real Giuridizione per occaſione di una cauſa particolare di nunziazione *novi operis*, nella quale procedea la Curia Veſcovile di Caſerta, e dal detto anno 1765. fino al tempo della preſente cauſa non n'

era

era ſtata o dalla Real Segreteria, o dal d. Signor Delegato data notizia ad altre Curie Eccleſiaſtiche, oltre la Curia di Caſerta; tra ancora, perchè in virtù di altro Real Diſpaccio del dì 5. del meſe di Decembre dell'anno 1773, di cui eraſi data notizia alla ſuddetta Curia Arciveſcovile, avea queſta ben fondato motivo di credere il contrario.

A coteſte ragioni, aggiungo ora un nuovo valevoliſſimo argomento tratto da due altri Reali Diſpacci, che ſi eſibiſcono. Si agitò nel S. Conſiglio una cauſa di poſſeſſo contraddetto a tenore delle ultime ſapientiſſime Leggi di S. M. vietanti i nuovi acquiſti de' luoghi pii Eccleſiaſtici tra Domenico Palmieri, e 'l Capitolo di Modugno; ed avendone il S. Conſiglio dato conto al Re, venne fuori nel dì 1. del diſcorrente anno 1774. il ſeguente Real Diſpaccio: *Il Re dice, che ſia iſpezione della Giunta degli Abuſi, ſe concorra, o no poſſeſſo contraddetto: e mi ha comandato ſignificarlo a V. S. Illuſtriſſima, ed al Conſiglio medeſimo per ſua norma.* Un Diſpaccio eſpreſſo così, parve allo Spettabile Signor Preſidente del S. Conſiglio, che conteneſſe una Legge generale: onde fece nel margine di eſſo la ſeguente decretazione: *Exequatur, & conſervetur in Officio a ſecretis S. R. C. relicta copia penes acta cauſſae, & detur copia Dominis Conſiliariis aularum.* E pure, avendo il S. Conſiglio, di là a pochi giorni, rappreſentato alla Maeſtà del Re, che in viſta del ſuddetto Diſpaccio, avea ſoſpeſo il giudizio in un' altra cauſa di poſſeſſo contraddetto tra le ſorelle di Bonavoglia, e 'l Capitolo di Brindiſi, venne fuori per la ſteſſa Real Segreteria il ſeguente Diſpaccio del dì 23. del meſe di Febbrajo dello ſteſſo anno 1774: *Avendo eſſo Conſiglio allegato per cauſale di tal ſoſpenſione di procedura, il Diſpaccio, con cui, in data del 1. Gennaro corrente anno, gli*

fu

fu reſcritto per la cauſa tra Domenico Palmieri, e'l Capitolo di Modugno, ch' era d' iſpezione della Giunta degli Abuſi, ſe concorra, o no poſſeſſo contraddetto; il Re mi ha comandato di reſcrivere al Conſiglio, che liberamente proceda a quanto ſarà di giuſtizia in tal cauſa, e di prevenire V. S. Illuſtriſſima, che l' ordine datogli al 1. del corrente anno, dee ſentirſi taſſativamente per la cauſa di Domenico Palmieri col Capitolo di Modugno. Di Reale ordine prevengo V. S. Illuſtriſſima di queſta Sovrana determinazione per intelligenza del Conſiglio, e perchè gli ſia di norma in altre cauſe ſimili. Notiſi quì, che le parole del Diſpaccio del dì 1. dell' anno 1774: *Il Re dice, che ſia iſpezione della Giunta degli Abuſi, ſe concorra, o no poſſeſſo contraddetto*, ſtrettamente preſe, e ſecondochè ſuona la lettera, contengono un general divieto fatto al S. Conſiglio di procedere in tali cauſe; come un general divieto fatto alle Curie Eccleſiaſtiche di procedere nelle cauſe di nunziazione *novi operis*, contengono ancora, ſtrettamente preſe, e ſecondochè ſuona la lettera, le parole del Diſpaccio dell' anno 1765: *La cauſa di nunziazione novi operis, è dell' iſpezione del Giudice laico:* e pure, perchè 'l divieto fu fatto al S. Conſiglio per occaſione di una cauſa particolare, il Re con altra ſua Real carta dichiarò, che legalmente inteſo, non ſi eſtendeva ad altre cauſe, tuttochè della ſteſſa natura: e 'l dichiarò come una regola, ſoggiungendo: *Perchè gli ſia di norma in altre cauſe ſimili;* onde colla ſteſſa dichiarazione, e non altrimenti, par che ſi debba intendere, almen per riſpetto delle altre Curie Eccleſiaſtiche, il divieto fatto alla Curia di Caſerta nel Diſpaccio dell' anno 1765.

Nel Capo II. della mia I. *Scrittura*, ho provato, che ſecondo il jus Canonico, ricevuto coſtantemente nel noſtro foro, e confermato per più eſempj di coſe giu-

di-

dicate, per la ſemplice citazione, s'induce la perſdenza della lite, dopo la quale ogni innovazione è un attentato. Aggiungo un bel luogo di Ceſare Urſillo, che lo 43
ſteſso inſegna con tanta ſicurezza, che ſoggiunge la cautela, onde poſsa coſtare dell'innovato dopo la citazione (*a*): *Dicitur attentatum illud, quod fit poſt citationem, juxta tex. in Clem. I. ut lite pend. & ibi Car., & ideo, ut poſſit cognoſci de attentatis poſt citationem, cautela eſt, ut tempore intimationis ipſius citationis per nuntium, vel teſtes, videatur ſtatus rei, quomodo reperiatur, ſcilicet aquam ſic currere, feneſtras ſic ſtare factas, vel non confectas, ad hoc ut OMNE ATTENTATUM deinde POST IPSAM CITATIONEM VENIAT REVOCANDUM.*

Nel Capo IV. della mia I. *Scrittura*, per più luoghi del jus Civile, e per due *Definizioni* del Codice di Fabro, ho provato, che non ſi può entrare ne' meriti della cauſa, ſe non ſi ſieno purgati prima gli attentati. Confermo ora le coſe, che quivi ho ſcritte, per 44
un argomento dal meno al più. Molto più grave è 'l caſo di chi è ſpogliato per privata autorità di un qualche poſſeſſo, quando pendea già la lite dinanzi al Giudice, che non è 'l caſo di chi n' è ſpogliato, quando non aveva ancora il Giudice poſto mano all'affare, perchè nel primo caſo, oltre l'ingiuria, che al poſſeſſore ſi fa, ſi offende ancora la pubblica autorità del Magiſtrato. Or nel ſecondo molto men grave caſo, ſe l'attore, ſpogliato del poſſeſſo, *proponit poſſeſſorium*, e 'l reo *excipit de petitorio*, dice, per comun ſentimento de' Dottori, Matteo degli Afflitti (*b*), che 'l reo *non eſt audiendus*: e poichè dipende coteſta dottrina da chiare ed eſpreſſe

(a) *Ad* Afflict. *deciſ.* 352. *in fine.*
(b) *Deciſ.* 98. *num.* 3.

spresse disposizioni di Leggi, essendo ne' tempi di Anton Capece nato il dubbio, se come può 'l Re dispensare, *quod spoliatus ante omnia non restituatur, sed quod videatur similiter & simul causa petitorii, & possessorii*, così potesse in ciò dispensare il Vicerè, quel gravissimo Dottore rispose, *quod non (a)*. E si sentirà poi su i meriti della causa quel reo, che, oltre l'ingiuria fatta al privato, ha offesa ancora la pubblica autorità del Magistrato? In somma, *Judex ante omnia habet revocare attentata*, sono parole del sopraccitato Matteo degli Afflitti *(b)*, *adeo quod faceret injustitiam, si non revocaret ANTE OMNIA attentata.*

Nel suddetto Capo IV, per provare, che la fabbrica fatta nel Monistero di S. Giuseppe si ha da demolire, anche quando colti, che le Monache del Gesù non aveano diritto d' impedirla, ho trascritta, oltre molti luoghi de' libri della Legge, una *Definizione* del Codice di Fabro, esclusiva della eccezione *non juris* di colui, che pretende la purgazion degli attentati, per la ragione, che *non ad jus collitigatoris dumtaxat pertinet, sed ad PUBLICAM PRAECIPUE UTILITATEM, ut quod IN SPRETUM JUDICIS perperam factum est, PER JUDICEM vindicetur*. Aggiungo ora un'altra *Definizione* dello stesso Codice, e quel, che di essa testimonia il Toro. Scrive il Fabro *(c)*, che per la rivocazion degli attentati si vendica l'offesa autorità del Magistrato, *quam vendicari fane publice interest*, e che per fare a tutti conoscere, che le cause degli attentati eran cause interessanti lo Stato: anzi che cause di

(a) *Ad L. Imperialem de probib. feudi alienat. per Federic. vers.* decimo notandum.

(b) *Decis.* 98. *num.* 5.

(c) *Defin.* 1. *dict. tit., & in adnot. num.* 12.

di privati, eraſi introdotta la pratica, che non ſi poteſſero trattare ſenza ſentirſi il Procurator generale, a cui non meno, che all'Avvocato generale ſi appartenea *proſpicere, ne quid contra Senatus auctoritatem fieret*. Teſtimonia il Toro (*a*), che nell'anno 1633, vale a dire 28. anni dopo la pubblicazion del Codice Fabriano, fu coteſta *Definizione* allegata nel S. Conſiglio, e dal S. Conſiglio confermata in una cauſa di attentati.

Ci è, nol nego, opinione, che non ſono da rivo- 46
carſi gli attentati, quando coſti, che chi ne pretende la rivocazione, non ha diritto di pretenderla; ma non mi ſi negherà, che più ricevuta, e meglio fondata nel dritto è la contraria ſentenza per la ragione, che ſe ceſſa il privato intereſſe della parte, il pubblico intereſſe naſcente dalla offeſa autorità del Magiſtrato non ceſſa. Seguì Matteo degli Affliti in una delle ſue *Deciſioni* (*b*) la prima opinione, non diſſimulando, che altri altrimenti opinavano; e che la coſtoro opinione appoggiavaſi in un teſto di Legge: ſeguì poi la ſeconda in un'altra *Deciſione*, ſcrivendo (*c*): *Agenti remedio attentatorum, non obſtat NOTORIUS defectus juris*. Queſta ſteſsa ſeguì Ceſare Urſillo, ſoggiungendo (*d*): *Et haec eſt communis opinio, & eam tanquam communem ſequuntur recentiores*. Ma quegli ſteſſi, cui piace la prima opinione, non in altro caſo l'ammettono, che quando *notoriamente* coſti, non avere chi pretende la rivocazion degli attentati alcun diritto di pretenderla. Così Matteo degli Affliti nella *Deciſione*, in cui la

(a) *Supplem. comp. deciſ. v.* attentatum.
(b) *Deciſ.* 98. *in fine.*
(c) *Deciſ.* 352. *num.* 4.
(d) *Ad dict. deciſ.* 98. *num.* 3.

prima opinione seguì (a): *Remedium attentatorum ad instantiam partis, non habet locum, quando NOTORIE CONSTAT de non jure petentis revocationem attentatorum.* Non altrimenti il Toro, che per farci intendere, qual' esser debba cotesto *notorio*, ne reca i seguenti esempj (b), *quando confessio partis adesset, vel sententia, quae notorium faciunt.* Un altro ne reca l' Ursillo (c), *quando quis cum juramento promisit non petere dictam revocationem.* In somma, perchè possano non rivocarsi gli attentati, è necessario, che l' azion dedotta per la rivocazione di essi, sia una mera calunnia: ed in tal caso dice l' Ursillo, che 'l S. Consiglio, per non fargli rivocare, si vale non della ordinaria giuridizion sua, ma di quella *Regia potestà*, che gli è stata in alcuni casi da' Sereniſſimi nostri Regnanti comunicata (d): *Sacrum Consilium, quandoque videns CALUMNIAS, & NOTORIAS INJUSTITIAS petentium, revocationem attentatorum aliter ex Regia etiam potestate solet providere.* Ma tanto è lontano, che *notoriamente* ingiusta, e calunniosa sia nel caso nostro la nunziazione *novi operis* fatta al Monistero di S. Giuseppe, e l'azione successivamente dedotta per la demolizion della fabbrica, che anzi *notoria* è la giustizia, che assiste al Monistero del Gesù, come nella mia I. *Scrittura* si è provato.

Sciolgasi ora una difficoltà riguardante l'ordine. L' attentato, dice il Monistero di S. Giuseppe, è un mero fatto: e sul mero fatto non altrimenti, che dopo un termine, almen sommario, può interporsi il decreto.

A questa difficoltà, diretta unicamente a menare in

(a) *Decis. 98. in fine.*
(b) *Comp. decis. p. 3. v.* attentata.
(c) *Ad dict. decis. in fine.*
(d) *Ad dict. decis. num. 3.*

in lungo la purgazion dell' attentato, riſpondo, eſser vera la maſſima, quando dubbio è'l fatto, non quando il fatto è *notorio* per gli atti della cauſa, e maſſimamente per le confeſſioni della parte. Or nel caſo noſtro il dubbio di fatto, ſarebbe queſto, ſe la fabbrica fieſi fatta prima, o dopo della inibizione, giacchè non ſi dubita del diritto, cioè, che, ſe la fabbrica fu fatta dopo l' inibizione, ſia un attentato. Ma per gli atti, e per le confeſſioni dello ſteſſo Moniſtero di S. Giuſeppe, è più che *notorio*, che dopo l'inibizione; anzi dopo più inibizioni, fu fatta la fabbrica. De' due recenti decreti della Curia Arciveſcovile non parlo, per non entrar nella diſputa, ſe nel tempo di que' decreti era, o no la Curia giudice competente. Parlo della ſentenza dell'anno 1630, nel qual tempo giudice competente era certamente la Curia. Non era per quella ſentenza eſpreſſamente vietata la fabbrica fatta nel Moniſtero di S. Giuſeppe? L' ho io dimoſtrato nella mia I. *Scrittura*, e'l Contraddittore nol nega: ſolamente dice, che, *trattandoſi di un giudizio agitato, e deciſo* 143. *anni addietro, nulla ſapeaſene dalle Monache preſenti.* Ma l'allegata ignoranza non gli giova nè molto, nè poco. Ne' due ricorſi fatti dal Moniſtero del Gesù alla Curia Arciveſcovile per impedire la fabbrica, e ſolennemente notificati al Moniſtero di S. Giuſeppe, ſpecial menzione ſi fece di quell' antico giudizio, e della ſentenza dell' anno 1630. Certamente ancora feceſi la nuova fabbrica nel Moniſtero di S. Giuſeppe, quando ad iſtanza di eſſo Moniſtero pendea la lite nel S. Conſiglio; vale a dire, dopo una ſeconda inibizione. Confeſsa l' ingenuo Contraddittore, che *la fabbrica fu incominciata dopo la dichiarazion fatta* della incompetenza della Curia *dal Delegato della Giuridizione:* e coteſta dichiarazione ſi fece in viſta di un ricorſo, in cui ſi dicea, che *la cau-*

fa eraſi già commeſſa al Signor Conſigliere Caracciolo, e ch'eraſi *ſpedita, e notificata la controſupplicata*. E non degno della dottrina del Contraddittore è quel, ch'e' ſoggiunge dintorno a ciò, che non ci era inibizione, perchè queſta dovea farſi dal Sign. Conſigliere Caracciolo Commeſsario della cauſa, da cui non ſi fece, che quando la fabbrica era già preſso al fine. Non nega egli (e nel ricorſo fatto al Sign. Delegato della Giuridizione il confeſsa) ch'eraſi indotta la *pendenza della lite* nel S. Conſiglio, primachè dal Sign. Delegato ſi dichiaraſse l'incompetenza della Curia, e conſeguentemente primachè la fabbrica cominciaſse: e poſto ciò, non può egli ignorare, che ſe non ci era allora l'inibizione dell'uomo, ci era l'inibizion della Legge per la pendenza della lite, dopo la quale, nulla ſi poteva innovare. Veggaſi il Capo II. della mia I. *Scrittura*. Che ſe neceſsaria foſse l'inibizione del Conſiglier Commeſsario, queſta ancora, nel noſtro caſo, non mancherebbe. Nella *controſupplicata*, ſottoſcritta dal Commeſsario, ſi dice, che debbano le parti comparire preſso gli atti della cauſa, perchè ſarà loro renduta giuſtizia. Coteſto ſignificano le parole, *Ubi partes compareant, quoniam &c.* E chi non intende, che'l Commeſsario riſerva per eſse a ſe, ed al S. Conſiglio tutte le provvidenze di giuſtizia, e vieta eſpreſsamente qualunque atto privato, e clandeſtino, onde l'una, o l'altra parte ſi faccia la giuſtizia colle ſue mani?

Ma ſe fatto *notorio* è l'eſserſi cominciata la fabbrica dopo l'inibizione della Legge, o dell'uomo, fatto *notorio* non è l'eſserſi fatta in quello ſteſso luogo ſopra cui cadde la ſentenza dell'anno 1630: onde, non avendo il Moniſtero del Gesù pronta la pruova dell'identità del luogo, almen su queſto punto dee darſi il termine. Così 'l Difenſore del Moniſtero di S. Giuſeppe..

Più

Più riſpoſte ho pronte. La prima è queſta. Sebbene poſsa a prima giunta parere, che'l Moniſtero del Gesù, da cui ſi pretende la demolizion della fabbrica, abbia l'obbligo di far la pruova della identità del luogo, nondimeno, per le circoſtanze particolari di queſta cauſa, ne ha l'obbligo il Moniſtero di S. Giuſeppe: ed eccone la ragione. Quando il luogo, nel quale la nuova fabbrica ſi è inalzata, non foſſe quello, ſopra cui cadde la ſentenza dell'anno 1630, ne ſeguirebbe, che'l Moniſtero del Gesù nôn avea dritto d'impedirla; ma per le coſe dette nel IV. Capo della I. *Scrittura*, e confermate in queſta *Giunta*, anche in tal caſo deve il Giudice, ſenza entrare ne' meriti della cauſa principale, ordinare la purgazion dell'attentato in pena della offeſa fatta alla pubblica autorità del Magiſtrato. Il ſolo caſo, in cui, a giudizio di alcuni Dottori, può'l Giudice non rivocare gli attentati, è, ſecondochè ſi è detto, quando *notorio* è'l difetto del dritto di chi ne pretende la rivocazione; ma poichè queſta è una eccezion della regola, dee per diſpoſizion di Legge provarla il Moniſtero di S. Giuſeppe, che ſe ne vale. Si sa, che'l reo, per riſpetto delle eccezioni, che oppone, ſi conſidera come attore, e per conſeguenza eſſo dee farne la pruova. Poichè dunque dice il Moniſtero di S. Giuſeppe, che'l Moniſtero del Gesù non avea dritto d'impedire la fabbrica, come fatta in un luogo diverſo da quello, ſopra cui cadde la ſentenza dell'anno 1630, ha eſſo l'obbligo di provare l'allegata diverſità del luogo, nè può pretendere, che'l Moniſtero del Gesù ne debba provare l'identità: e, perchè *notorio* eſſer deve il difetto del dritto nel Moniſtero del Gesù, neceſſariamente ne ſegue, che da un altro *notorio* naſcer debba la pruova, che dee farne il Moniſtero di S. Giuſeppe: e la pruova naſcente dal *notorio*, non è del genere

di

di quelle, che si fanno nel termine, ma convien, che sia una pruova così pronta e spedita, che possa impedire l'esecuzion della Legge ordinante, prima di ogni altro, la purgazion dell'attentato.

La seconda risposta, è questa. Il luogo, sopra cui cadde la sentenza dell'anno 1630, è sì ben designato nella sentenza istessa, che appena vedendosi, senz'altra pruova, si riconoscerebbe. Che se oggi non può 'l Ministero del Gesù provarne l'identità, nol può, perchè 'l Ministero di S. Giuseppe, avendone colla nuova opera mutata l'antica forma, gliene impedisce la pruova: nel qual caso si fa luogo alla nota massima di Legge, che
47 la pruova contra chi l'ha impedita, deve aversi per fatta: *In omnibus cauſſis* (così parla il giurisconsulto Pomponio (*a*): e, dicendo *in omnibus cauſſis*, tutti i casi, e conseguentemente anche il nostro caso comprende) *in omnibus cauſſis pro facto accipitur id, in quo per alium morae ſit, quominus fiat.* E ciò molto più, è vero, quando l'impedimento proviene dal dolo. Eccone due
48 esempj tratti da' libri del jus Romano. Se per dolo del mio creditore ho io perduto il danaro, che gli aveva a pagare, gli opporrò io l'eccezion del dolo,
49 e 'l pagamento si avrà per fatto (*b*). Se sotto pena di una certa quantità mi sono obbligato di venire in giudizio, e tu me l'hai impedito, e poi pretendi la pena, ti opporrò l'eccezion del dolo, e si avrà, come se vi fossi venuto (*c*).

La terza risposta, è questa. Negli atti dell'antico giudizio, si ha la distanza del luogo, sopra cui cadde la sentenza, dal muro della clausura: e questa istessa di-

stan-

(a) *L. in omnibus 39. de reg. jur.*
(b) *L. Si opera 6. de doli mal. excep.*
(c) *L. 1. §. 3. de eo, per quem fact.*

ſtanza oggi ſi oſserva tra'l d. muro, e'l luogo, in cui la nuova fabbrica ſi è fatta. Veggaſi la mia I. *Scrittura*.

La quarta riſpoſta, è queſta. Se la nuova fabbrica ſi foſſe fatta dopo i decreti della Curia Arciveſcovile, e prima d'introdurſi il giudizio nel S. Conſiglio, ſarebbe in qualche modo tollerabile la pretenſione del Moniſtero di S. Giuſeppe, che non ſe ne poſſa ordinare la demolizione, primachè ſia provata l'identità del luogo; ma, eſſendoſi fatta dopo introdotto il giudizio nel S. Conſiglio, o ci ſia, o non ci ſia la pruova della identità del luogo, aſſi in ogni caſo a demolire. La ragion della differenza è chiariſſima. L'azione in quell'antico giudizio dedotta dal Moniſtero del Gesù contr'al Moniſtero di S. Giuſeppe, fu diretta ad impedir la fabbrica in un certo e determinato luogo, e ſulla fabbrica fatta in quel certo e determinato luogo cadde ancora la ſentenza. Parimente l'azion dedotta nel meſe di Novembre del paſſato anno 1773, come dipendente dagli atti di quell'antico giudizio, e da quell'antica ſentenza, fu diretta ad impedire quella ſteſſa fabbrica, che fu allora impedita, ed in quel medeſimo luogo; e la ſteſſa fabbrica, e'l luogo ſteſſo riguardavano i due recenti decreti della Curia Arciveſcovile. Dunque, perchè ſi poteſſe dire con ſicurezza, ch'eraſi contravvenuto al divieto della Legge, o dell'uomo, potea parere non irragionevol coſa, che ſi aveſſe prima a far la pruova della identità del luogo. Ma queſta apparenza di giuſtizia, è del tutto ſvanita, dopo introdotto nel S. Conſiglio dal Moniſtero di S. Giuſeppe il giudizio. Nella *Supplica*, dice il Moniſtero, che intendea di fare *nonnulla aedificia intus proprios muros, ac in ſolo proprio*. Generalmente parla di fabbrica non ancora incominciata, ſenza deſignarne la qualità, o'l luogo. Soggiunge, che temendo,

do, che non voleſſero i vicini: *DICTIS AEDIFICIIS impedimentum apponere*, voleva, *ejus jura in S. C. experiri, ibique ordinari facere, non eſſe turbandum in conſtructione propriorum AEDIFICIORUM*. Di qualunque fabbrica parla: qualunque fabbrica ſottopone alla pubblica autorità del Magiſtrato: per qualunque fabbrica dice, che intende di ſperimentare dinanzi al Magiſtrato le ſue ragioni; e per qualunque fabbrica vuol, che preceda il decreto, *non eſſe turbandum in conſtructione aedificiorum*. Coteſto libello eſpreſſo così, fa notificare al Moniſtero del Gesù coll' ordine del Commeſſario, che *comparent, quoniam &c.*: e poi per privata autorità, non inteſo l' avverſario, a ſua iſtanza chiamato in giudizio, ed in diſprezzo di quel Magiſtrato, la cui autorità aveva implorata, e che avea già poſto mano all' affare, da un gran numero di operarj introdotti nella clauſura, con aperta violazione de' Sacri Canoni, fa inalzare nel corto giro di due ſoli giorni una sì vaſta, ed alta fabbrica, che i Periti dalla G. Corte Criminale adoperati per la pruova generica dell' attentato, dicono, che a far quella fabbrica col numero di 20. operarj, ſarebbe appena baſtato lo ſpazio di 12. giorni. Qual' uopo è ora di entrar nella diſputa della identità del luogo? Qualunque fabbrica, in qualunque luogo ſi aveſſe a fare, aveva il Moniſtero di S. Giuſeppe volontariamente ſottopoſta all' imperio del Magiſtrato; ſeguentemente per qualunque fabbrica eraſi volontariamente ſpogliato del ſuo privato arbitrio: e poichè nella *Supplica* non avea deſignato nè la qualità, nè 'l luogo della fabbrica, il Moniſtero del Gesù, dopo la notificazione, aveva acquiſtato diritto di eſſere inteſo, qualunque fabbrica ſi aveſſe a fare: onde, coſtando, come già ben coſta, che dopo la notificazione di un tal libello, la fabbrica ſi è fatta, aſſi, ſenz' attender altro, da demoli-

molire in virtù del noto Editto del Pretore *Quod vi, aut clam*. Si vegga la mia I. *Scrittura*.

Ma troppo si è scritto di una causa, che ha la Real Camera di S. Chiara esaminata altra volta, e decisa. L'esaminò, e la decise, quando, ben ponderata la *Memoria* del Signor Cardinale Arcivescovo, ed inteși gli Avvocati de' due Monisteri contendenti, umiliò al Re la sua *Consulta*. Quivi rappresentò, che nella *Supplica* presentata al Signor Presidente del S. Consiglio, e nel *ricorso* fatto al Signor Delegato della Real Giuridizione, erasi con punibile artifizio taciuto quel, che non era da tacere, e detto quel, che non era da dire. Quivi rappresentò, che ree di attentato eran le Dame Monache di S. Giuseppe, come quelle, che *PER LORO ASSOLUTO VOLERE avean incominciata la fabbrica*; e che scusabili non erano gli stessi operarj, come quegli, che, vedendosi introdotti di nottetempo in una clausura di Dame Monache per inalzarvi di tutta fretta un edifizio, non poteano mai presumere, che ciò si facesse colle debite licenze, e non ad ingiuria di altrui. Quivi rappresentò, ch'era ben giusto, che contra le suddette Monache procedesse il Sign. Cardinale Arcivescovo: contra i suddetti operarj la G. Corte Criminale; e che per rispetto della fabbrica procedesse il S. Consiglio. Ma di ciò non fu contenta la Real Camera di S. Chiara. Volle ancora dare al S. Consiglio la norma, secondo cui dovesse procedere: e la norma fu questa, che dovesse prima di ogni altro badare alla purgazione dell'attentato. Ecco separata, secondo le chiare ed espresse disposizioni delle Leggi, la causa dell'attentato dalla causa principale: ecco separata la causa pubblica dalla privata. E' causa pubblica, secondochè si è provato, la causa dell'attentato: ed in questa di altro non si tratta, che di ammendare un atto d'imperio commesso

da un privato in disprezzo della pubblica autorità delle Leggi, e de' Magistrati. A cotesta sì ben ragionata *Consulta* si uniformò la M. del Re, se non che volle, che la purgazion dell'attentato da essa Real Camera si eseguisse. Or com'è da credere, che la Real Camera, la quale, colla norma data al S. Consiglio, avea separata la causa dell'attentato dalla causa principale, e la pubblica dalla privata, possa ora dipartirsi dalla norma data ad altrui? La Real Camera, da cui una tal norma fu data su quel principio del jus delle genti, che alla pubblica causa ceder dee la privata, non è da dubitare, che vendicherà prima colla demolizion della fabbrica l'offesa fatta a' Magistrati, ed alle Leggi, e poi entrerà ne' meriti della causa privata. Che se poi si troverà, che le Dame Monache del Gesù non avean diritto d'impedire la fabbrica, risloreranno (ed è ben giusto) le spese, e i danni delle Dame Monache di S. Giuseppe.

Di Casa nel dì 18. del mese di Aprile dell'anno 1774.

Ri-

Risposta all' aringa fatta nella Real Camera di S. Chiara dal Difensore del Venerabile Monistero di S. Giuseppe, detto de' Ruffi.

NElla causa tra i due venerabili Monisteri del Cesù, e di S. Giuseppe, ho io, più che in qualunque altra, ammirato l'ingegno del mio venerato Contraddittore. Ha egli sì ben difesa una causa cattiva, che io, che (colpa della guasta natura) amo, ed apprezzo me, e le cose mie, molto più, che non si converrebbe, non avrei di certo saputo difenderla così bene. Contuttociò, non ha potuto non dare a conoscere, che ben cattiva era la causa, ch' e' difendeva. Aringando egli nella Real Camera di S. Chiara, ebbe per *irregolare* la sentenza, che la Curia Arcivescovile profferì nell'anno 1630, perchè si arrogò la facoltà di giudicare *ex caussis*, la quale, appena si è tollerata ne' Tribunali supremi del Regno, e da più anni nè meno in essi si tollera. Per *irregolari* ebbe ancora i due ultimi decreti della medesima Curia, perchè a semplice istanza delle Monache del Gesù, e senzachè queste facessero il deposito dalle Leggi prescritto nelle cause di nunziazione *novi operis*, s'inibiva per essi la fabbrica, che intendean di fare le Monache di S. Giuseppe: e finalmente, per *irregolare* ebbe l' accesso fatto co' Periti dal Consiglier Caporuota della G. Corte Criminale, per riconoscere la nuova fabbrica nel Monistero di S. Giu-

ſeppe inalzata, perchè proceder dovea la G. Corte contra gli operarj, per eſſere ſenza le debite licenze entrati nella clauſura, non già per aver fatta quivi la fabbrica. Che ſe non diſſe, che più *irregolare* dell' antica ſentenza, e de' recenti decreti della Curia, e dell' acceſſo fatto dal Caporuota della G. Corte, fu la *Conſulta* di eſſa Real Camera, in cui la nuova fabbrica dichiaravaſi *attentato*, nol diſſe, perchè al coſpetto de' riſpettabili Autori di quella *Conſulta* e' parlava; ma nella *Supplica*, che da cinque Monache di S. Giuſeppe eraſi col ſuo conſiglio, com' è da credere, umiliata al Real Trono, aveva egli molto maggiori *irregolarità* notate nella ſuddetta *Conſulta*. Queſto tanto dolerſi di tre Tribunali, della Curia Arciveſcovile antica, e moderna, della G. Corte Criminale, e della Real Camera di S. Chiara, è troppo chiaro indizio di cauſa cattiva.

50 Ed a torto e' ſe ne duole. La clauſola, *ex cauſſis*, propria più degli arbitramenti, che de' rigoroſi giudizj, fu ne' Tribunali ſecolari introdotta per decidere, come ſi poteſſe il meglio, le troppo dubbie cauſe (*a*), nelle quali
51 gli ſteſſi antichi Giuriſconſulti un qualche temperamento prendeano da contentar l'una, e l'altra parte: e ce n'ha degli eſempj ne' libri del jus Civile (*b*). Ma più, che a' Giudici ſecolari, conviene a' Veſcovi. Giudicando a coteſto modo i Giudici ſecolari, liberavan ſe da quelle anguſtie, nelle quali, per la troppa oſcurezza del dritto, o del fatto, ſi trovan talvolta, anche i più diligenti, e i più dotti, e

reca-

(a) *V.* Boer. *deciſ.* 149. *num.* 22., Theſaur. *deciſ.* 89. *num.* 1., Viv. *deciſ.* 492. *num.* 4., & Roman. *de praeſt. S. C. cap.* 5. *praeſt.* 13. *num.* 12.

(b) *L. & hoc* 41. *ff. de her. inſt.*, & §. 4. *Inſt. de vulg. ſubſt.*

recavano a più preſto fine le liti. A giudicar così, ſo-
ſpinſe i Giudici Eccleſiaſtici non alcun grave dubbio 52
di fatto, o di dritto, ma 'l ſolo fine di conſervare negli animi de' contendenti quella Criſtiana carità, che ſovente per le liti ſi perde. A tal fine gli antichi Padri della Chieſa s' intrometteano ben volentieri nelle cauſe temporali non ſolo degli Eccleſiaſtici, ma ancora de' laici. Ho io coteſto punto ampiamente trattato nelle mie *Iſtituzioni Canoniche* (*a*), che principalmente per fare il piacere del venerato Contraddittore (ed e' ſe ne dee ricordare) diedi già, 30. anni ſono, alle ſtampe: e quì mi ſi permetta di traſcrivere quel, che, tra le molte altre coſe, per l'autorità di S. Gregorio Niſſeno, e di S. Ambrogio, quivi ſcriſſi dintorno a ciò: *Sane, quod experimento compertum eſt, qui ſunt judicio victi, ut ut recte judicatum intelligant, eos vel mediocriter commoveri, Epiſcopi, ſtudio pacis, aequitatem ſequebantur, tanquam pacis interpretes inter amicos, non jus ſcriptum, tanquam judices inter litigatores, & temperamento aliquo diſſidentes in concordiam adducebant, uti de Gregorio Thaumaturgo Nyſſenus in ejus vita, ac de ſe ipſe teſtatur Ambroſius, ep.* 24. Nè perchè diè poi l'Imperador Giuſtiniano la giuridizione a' Veſcovi nelle cauſe temporali delle perſone Eccleſiaſtiche, ed incominciarono a reggerſi le Curie Veſcovili ad eſempio delle Curie ſecolari, ſi abbandonò del tutto nel giudicare quell' antica economica maniera, che ſi era dianzi tenuta da' Veſcovi, maſſimamente nelle liti tra clauſtrali, e clauſtrali, che debbono, per proprio iſtituto, viver vita perfetta. Si vegga il Tomaſini (*b*). Or quinci è nato il frequente.

(a) *Lib.* 3. *tit.* 1.
(b) *De benef. p.* 2. *lib.* 2. *c.* 101. *& ſequu.*

te uso di quell' *ex cauſſis* ne' giudizj Eccleſiaſtici. Ma, ſe duolſi il Contraddittore dell' *ex cauſſis* di quell'antica ſentenza, e' ſi duole, come ſuol dirſi, di gamba ſana. Se ne dovrebbe dolere il Moniſtero del Gesù. Al Moniſtero del Gesù ſi tolſero con quella clauſola duc. 657, che in virtù di due uniformi *perizie*, appoggiate ſulle noſtre Conſuetudini, gli erano indubitatamente dovuti per la metà del proprio muro della clauſura, divenuto comune al Moniſtero di S. Giuſeppe: di quel muro, in cui aveva aperture ſopra una pubblica viottola, le quali, come queſta fu conceduta al Moniſtero di S. Giuſeppe dal Vicerè di quel tempo, fu uopo, che ſi chiudeſsero. Che ſe colla perdita di que' 657. ducati gli fece la detta ſentenza acquiſtare la ſervitù *altius non tollendi* ſul luogo, in cui aveva il Moniſtero di S. Giuſeppe inalzata la fabbrica, ciaſcun vede, che gliela fece coſtar troppo caro, anche perchè, ſebbene in due *perizie* ſi diceſse, ch' eſsendovi la diſtanza preſcritta dalle noſtre Conſuetudini, ben poteva il Moniſtero di S. Giuſeppe inalzar la fabbrica ſino al Cielo, nondimeno diceaſi in una terza *perizia*, che dovea demolirſi, come fatta ad emulazione: delle quali coſe non ci laſcian dubitare gli atti di quell' antico giudizio, che ſono oggi nella Real Camera di S. Chiara.

Depoſito non era da farſi nella Curia Arciveſcovile. Ciaſcun sa, che alle Curie Eccleſiaſtiche ſi ſono menate, e ſi menan buone alcune pratiche particolari, le quali nel foro ſecolare non ſono. In fatti, nell' antico giudizio, cui poſe fine la ſentenza dell' anno 1630, non ſi fece depoſito, nè ſi preteſe. Oltracciò, nelle circoſtanze, in cui ſiamo, nè meno ne' Tribunali ſecolari ſarebbe ſtato uopo di farſi. La Real Coſtituzione dell' anno 1738. nella nunziazione *novi operis*, richiede il depoſito nel ſolo caſo, che alla nuova opera ſieſi già

poſta

posta mano: e chiara pruova ne fanno la formola del decreto, con cui la nuova opera s'inibisce, e la ragion legale, in cui si appoggia il decreto. La formola nella stessa Costituzione espressa, è questa: *Fabricatores desistant*. La voce *desistant*, suppone, che sia l'opera già cominciata. Nello stesso decreto la Costituzion vuole, che si ordini l'accesso di un Perito, che *riconosca della sussistenza dell'impedimento, e faccia relazione, la quale la parte denunciante debba procurarla tra lo spazio di giorni 30, decorrendi da momento a momento dal giorno, in cui s'interpone il decreto: qual termine elasso, s'intenda ipso jure tolta l'inibizione*. Questa giunta, ancora suppone cominciata già la nuova opera: ed in questo solo caso s'intende, qual sia la ragione, per cui debba la parte denunciante fare il deposito, procurare essa la relazion del Perito, e procurarla dentro 30. giorni. La ragione è questa, perchè, essendosi apparecchiati i materiali, e posta già mano all'opera, quel sopraseder per l'impedimento sopravvenuto, non è mai senza un qualche danno del vicino; e cotesto danno, tanto più cresce, quanto più si trae in lungo l'impedimento. Cotesto danno fa, che alla parte denunciante, la quale ne dà l'occasione, s'ingiunga il peso di quel deposito, e le si dia non altra dilazione, che di soli 30. giorni. La formola di un tal decreto, e la ragione di esso non si verificano nel caso, che non ha 'l vicino dato ancora cominciamento all'opera, e ricorre l'altro vicino al Giudice, esponendogli non altro, che 'l timore, in cui è, che le si dia cominciamento. Or nel caso di un semplice timore di una qualche innovazione, turrodi, senz'alcun obbligo di deposito, si fa 'l decreto, *Nihil innovetur*, come fece nel dì 3, e nel dì 6. del mese di Novembre del passato anno 1773. la Curia Arcivescovile, quando non si era incominciata la fabbrica, e

so-

ſolamente ſe ne temeva.

L' acceſſo fatto dal Conſiglier Caporuota della G. Corte, per acquiſtare contra gli operarj la pruova generica della fabbrica da loro inalzata per attentato, era indiſpenſabile, non che regolare. Il delitto, del quale, in viſta della *Conſulta* della Real Camera, la M. S., dichiarò rei gli operarj, fu non già l' eſſer entrati ſenza le debite licenze nella clauſura, giacchè avrebber potuto veriſimilmente credere, che le aveſſe ottenute per eſſi la Priora del Moniſtero; ma l' avere inalzata quella fabbrica in circoſtanze da fare accorto chicchеſſia, che inalzavaſi contr' al divieto delle Leggi, e de' Magiſtrati, ed in pregiudizio di altrui: e le circoſtanze eran queſte, che vi ſi ponea mano di nottetempo, ed al lume di più lucerne, come dall' atto dello Scrivano della Curia, e che dovea sì preſtamente condurſi a fine, che, malgrado le regole dell' arte, ſi compiſſe in men di due giorni, quandochè, a giudizio de' Periti adoperati dalla G. Corte a far quell' opera, ſecondo le regole dell'arte, vi avrebber venti operarj ſpeſi, almeno dodici dì. Nè ciò poteva eſeguirſi ſenza un precedente ſegretiſſimo, e per conſeguenza doloſo concerto co' principali operarj. Di coteſto doloſo concerto, che co' principali ſi aveva a fare, fu'l Re ben perſuaſo, onde nel ſuo Real Diſpaccio, in cui alla G. Corte ordinò, che procedeſſe contra gli operarj, volle, che *ſi faceſſe ſentire a' principali il peſo* della pena. Ma qual' uopo ci è di argomenti? Rei della fabbrica fatta per attentato gli dichiara eſpreſſamente il Re nel detto Real Diſpaccio, ove, dopo di aver premeſſo, ch' era *informato*, eſſerſi nel Moniſtero di S. Giuſeppe *fatta inalzare certa nuova fabbrica in contravvenzione degli ordini della Curia Arciveſcovile*, ſoggiunge, che ſe ne faccia ſentire il peſo a' principali operarj, ch' *eſeguirono l' attentato*. Ecco,

co, che l' *attentato* alla *nuova fabbrica* si riferisce : nè all'esser entrati nella clausura può in alcun modo riferirsi, perchè non nell' entrare, ch' e' vi fecero; ma, entrati, che furon dentro le mura, eseguirono quel, ch'era stato ordinato loro di fare. E che mai eseguirono? Non altro, che l' ordin dato d' inalzar quella fabbrica.

Si vada ora più in là, e si esaminino le ragioni, onde il venerato Contraddittore si studiò di dimostrare, che la suddetta fabbrica non fu fatta per attentato : e si esaminino con quello stesso ordine, che nella sua aringa piacquegli di tenere.

In primo luogo, per non far valere quel, che aveva io dimostrato nel III. Capo della mia *I. Scrittura*, che, posta ancora l' incompetenza della Curia, avrebbero i due decreti del dì 3, e del dì 6. del mese di Novembre la forza di una nunziazione fatta per privata autorità del Monistero del Gesù, e' disse, che, sebbene ne' tempi di Ulpiano il divieto della nuova o- 53
pera fatto per privata autorità dal vicino al vicino tanto valesse, quanto il divieto fatto dallo stesso Pretore, onde nell' uno, e nell' altro caso, non sopraseden-dosi dall' opera, era questa da demolirsi ; nondimeno a questa parte del jus antico, derogò poi il jus nuovo nella *L.* 2. e nella *L.* 3. *C. de interdictis* : ed è stata finalmente del tutto abrogata per la Real Costituzione dell' anno 1738, secondo cui l' inibizione della nuova opera non altrimenti può farsi, che per la pubblica autorità del Magistrato, e con certa e determinata forma di decreto.

Le Leggi dal Contraddittore allegate in pruova 54
del jus nuovo, sono l' una di Diocleziano, e di Massimiano: l'altra di Arcadio, e di Onorio. Importa, che ciò si sappia per far conoscere, che non si potè dero-

gare per esse a quel, che della nunziazione *novi operis*, fatta per privata autorità, scrisse Ulpiano. Ben si sa, che Giustiniano due volte compose, e diè fuori il Codice: la prima volta prima di pubblicare i libri delle Pandette: la seconda volta, dappoichè le Pandette erano state già pubblicate; e che 'l Codice, che oggi abbiamo, è 'l Codice della seconda edizione, detto perciò *Codex repetitae praelectionis*. Or poichè volle Giustiniano, che tutto il Codice si considerasse come una sola Legge da lui fatta, e che come una sola Legge fatta da lui si considerassero le Pandette; quinci per necessaria conseguenza deduce il Gifanio (*a*), che 'l primo Codice, come pubblicato prima delle Pandette, non potè a queste derogare, perchè la nuova Legge può derogare all'antica, non l'antica alla nuova. Del secondo Codice pubblicato dopo le Pandette, altrimenti opinarono il più degli antichi Interpetri. Ma dai tempi del grande Andrea Alciati, che fu 'l primo restauratore della buona giurisprudenza, fino a' tempi, in cui siamo, non ci è stato tra' culti Interpetri nè men uno, che non abbia distinto tra le Costituzioni di Giustiniano, e le Costituzioni degli altri Imperadori; anzi tra Costituzioni, e Costituzioni dell'istesso Giustiniano. Questo Principe, nel Codice della seconda edizione, inserì molte sue Costituzioni, che non erano nel Codice della prima, ed in alcuna di esse derogò ad alcuni luoghi delle Pandette: e la regola da conoscere, quali sieno quelle, in cui potè Giustiniano derogare alle Pandette, non altronde è da prendere, che dalle soscrizioni. La prese il Duareno dalle soscrizioni, in cui si mentova il Consolato di Lampadio, e di Oreste. Ecco le sue parole (*b*):

Memi-

(a) *Praefat. ad Cod.*

(b) *Ad tit. ff. ad L. Falcid. sub fin.*

Meminiſſe debemus, quod ſaepe dixi, & ſaepe repetendum eſt, diſtinguendas eſſe Conſtitutiones, quae in Codice reperiuntur; nam quaedam ex illis compoſitae ſunt, quum primum compoſitus eſt Codex: & hae inter ſe pugnantes dici non debent, nec contrariae juri, quod in Pandectas relatum eſt. Additae vero ſunt aliae Conſtitutiones poſt primam editionem, & compoſitionem Pandectarum, quibus antiquum jus emendatur, tam quod in Codicem, quam quod in Pandectas relatum eſt. Hujuſmodi ſunt eae, quae ſunt editae Lampadio, & Oreſte Conſulibus. La ragion, che induſſe il Duareno a creder così, fu queſta, perchè nel Conſolato di Lampadio, e di Oreſte, Conſoli dell' anno del Signore 530, cominciarono le Pandette a comporſi, onde, come le Coſtituzioni pubblicate prima del detto anno eſſer non poteano contrarie alle Pandette, non ancora compoſte, ben poteano a queſte eſſer contrarie le Coſtituzioni pubblicate dopo il detto anno. Ma riflette aſſai bene il Giſanio (*a*), che, ſebbene ſi foſſero le Pandette cominciate a comporre nell'anno 530, nientedimeno ſi compirono, e ſi pubblicarono tre anni dopo: onde ſegue, poterſi derogare alle Pandette per quelle ſole Coſtituzioni di Giuſtiniano, le quali furon da lui pubblicate dopo la pubblicazione delle Pandette, ed inſerite poi nel Codice della ſeconda edizione: e queſte cominciano dall' anno 534, in cui furon Conſoli Giuſtiniano per la quarta volta, e Paolino, che fu l'ultimo de' Conſoli Occidentali (*b*). Dunque il dire, che le Leggi del Codice più antiche dell'Imperador Giuſtiniano, quali ſono le Leggi dal Contraddittore allegate, deroghino alle Pandette, è un errore da non comportarſi: nè ci è tra mo-

55

56

(a) *Loc. cit.*

(b) *V.* Jaſon. ab Almeloveen, *Faſt. Conſul. p.* 180.

moderni, o tra gli antichi Interpetri chi, ſponendo il luogo (*a*), in cui dice Ulpiano, che l'opera fatta dopo il privato divieto del vicino, ſi ha come fatta *vi*, e conſeguentemente aſſi da demolire, abbia ſinora oſato di dire, che ſi trovi corretto per alcuna delle Leggi del Codice. Non è da omettere, che le due ſoprallegate Leggi affatto non parlano di nunziazione di nuova opera: e che le parole della citata *L.* 3, *ruptis veteribus ambagibus*, per le quali il Contraddittore opinò, che ſi derogaſſe al luogo di Ulpiano, ſono a tutto altro da riferire. Sgombro della paſſion della cauſa, legga quel, che vi ſcriſſe su Dionigi Gotofredo, e ſe ne chiarirà. Per quel, che ſi appartiene alla Coſtituzione dell' anno 1738, è chiaro, che, avendo le Leggi Romane dato al vicino l'arbitrio di vietare da se ſteſſo la nuova opera, o di ricorrer contra queſta al Magiſtrato, quivi cotesto arbitrio non ſi toglie, e ſolamente ſi preſcrive il modo, che dee tenere il Magiſtrato, quando contra la
57 nuova opera a lui ſi ricorre. Perchè ſi poteſſe dire, eſſerſi dalla Coſtituzione dell' anno 1738. derogato al jus comune, ſarebbe ſtato neceſsario, che ſi foſse un tale arbitrio eſpreſſamente tolto al vicino. Così, e non altrimenti ſi ammette da' Dottori la correzion delle Leggi: *Nec eſt veriſimile* (ſcrive il noſtro Andrea d' Iſernia (*b*), parlando di una Coſtituzione del Regno, che da talun ſi credea derogatoria del jus comune) *quando non expreſſit, velle tollere alia jura. Leges non corriguntur, niſi, quando expreſſim dicitur.*

In ſecondo luogo, per non far valere i due recenti decreti della Curia Arciveſcovile, come interpoſti da Giudice non ignaro del difetto di ſua giuriſdizione, e' diſſe,

(a) *L.* 1. *pr.* & §. 6. & 7. *ff. quod vi.*

(b) *Ad Conſt.* Caſtra, *de nov. aedif. v.* contemnant.

disse, che se la Curia nel passato anno 1773, quando que' decreti interpose, non sapeva il Real Dispaccio dell' anno 1765, come quello, di cui si diè notizia alla sola Curia Vescovile di Caserta; certamente, per occasion della causa tra 'l Principe di S. Angelo Imperiale, e 'l Monistero di S. Gregorio Armeno, avea sin dall' anno 1771. avuta scienza della Sovrana determinazione del Re, che le cause nascenti da azioni reali, tuttochè si agitino tra Ecclesiastici, ed Ecclesiastici, privativamente appartengonsi alla giuridizione del Giudice laico.

Ma provar poi doveva, e non provò, che la nunziazione della nuova opera fosse azion reale. Io nella mia I. *Scrittura* per saldi principj di ragion civile, e per l' autorità del Gomesio, dell' Oldendorpio, e del Wisenbachio, avea dimostrato esser la nunziazione della nuova opera un'azione del tutto personale. Alle cose da me quivi allegate, nulla oppose il Contraddittore: e sono più che sicuro, che nulla aveva, e nulla avrà mai che opporre. Esso, ed altri cinque Valentuomini del nostro Foro, hanno per più giorni, e per più notti squadernati quanti libri legali aveano nelle loro fornitissime biblioteche, e non è riuscito loro di trovare un sol Dottore, che dica, essere la nunziazione della nuova opera un'azione reale. Nè osta quel, che scrisse Ulpiano (*a*): *Operis novi nunciatio in rem fit, non in personam*, poichè altro è dire *in rem fit*, altro *in rem est*. Con questa seconda clausola si disegna la realità dell'azione: con quella prima ci si dà a conoscere, che personale è l' azione, ma del genere di quelle, che da' Dottori si dicono *personales in rem scriptae*. Spose così cotesto luogo di Ulpiano il soprallodato Oldendorpio (*b*): *Nunciatio* 58

(a) *L. operis* 10. *ff. de op. nov. nunc.*

(b) *De action. class.* 3. *act.* 7. §. 2. *p. m.* 361.

tio novi operis non personae, sed in rem fit: ideoque & hanc actionem IN REM SCRIPTAM censeri oporteret, L. operis, ff. eod. tit. Ma si faccia finita. Perchè del Real Dispaccio dell' anno 1765. notizia non avea la Curia Arcivescovile, il Re nel suo Real Dispaccio diretto alla G. Corte Criminale, ebbe per decreti di Giudice competente i decreti da lei interposti ne' dì 3, e 6. del mese di Novembre. Parlando quivi della nuova fabbrica dalla Curia Arcivescovile inibita, dice, ch' erasi *fatta innalzare in CONTRAVVENZIONE DEGLI ORDINI DA QUESTA DATI.*

Il terzo luogo, per non far valere la sentenza dell' anno 1630, disse, che non era questa una sentenza diffinitiva, perchè vi si leggea la clausola; *donec aliter* ec.

Dunque, dopo le sole sentenze diffinitive, sarà vietato l' innovare? Questa conseguenza il Contraddittore ne volle trarre. E qual conseguenza è di questa più falsa? Le provvidenze interine, delle quali fa pruova la clausola *donec aliter*, impongono al litigante la necessità di nulla innovare fino a tanto, che duri quel *donec aliter:* ed ecco il divieto dell' uomo. Le provvidenze interine, per chiare ed espresse disposizioni legali, inducon pendenza di lite, perchè, se questa per la semplice citazione s' induce, molto più è da dire, che s' induca per un decreto interino, citata, ed intesa la parte, interposto: ed ecco il divieto della Legge.

In quarto luogo, per non far valere la pendenza della lite indotta per la commessa della causa fatta in persona del Signor Consigliere Caracciolo, e per la controsupplicata da costui sottoscritta, e notificata alla Badessa del Monistero del Gesù, e' disse, che 'l giudizio dal Monistero di S. Giuseppe introdotto nel S. Consiglio, fu di semplice jattanza a tenore della notissima *L. diffamari, C. de ingen. manumiss.* il qual giudizio non indu-

induce pendenza di lite, perchè in esso non è l' attore il diffamato, ch' è nel caso nostro il Monistero di S. Giuseppe, tuttochè avesse esso data la *Supplica*, e fatta commetter la causa; ma l' attore è 'l diffamante, che nel nostro caso è 'l Monistero del Gesù: anzi soggiunse, che, non avendo il Monistero del Gesù dedotta prima della fabbrica la sua azione, non era ancora in giudizio l' attore, e conseguentemente non vi era ancora giudizio: tanto è lontano, che vi fosse pendenza di lite.

Il Contraddittore, nel ricorso fatto al Signor Delegato della Real Giuridizione, per servire alla causa, avea scritto, ch' essendosi commessa la causa in persona del Signor Consigliere Caracciolo, e notificata alla Badessa del Gesù la controsupplicata, *erasi indotta la pendenza della lite*: aringando poi nella Real Camera, per servire alla causa, disse, che nè vi era pendenza di lite, nè vi era giudizio: Avesse almeno mutato parere in meglio. Ma nulla ci è di vero in tutto quel, ch' e' disse dintorno a ciò: ci è solamente un grande equivoco, che io mi studierò di sciorre. La pendenza della 59
lite può avere due effetti. L'uno è 'l non potersi innovare: e questo (ch' è l' effetto, per cui nella presente causa si contende) è un effetto per Legge indubitato: l'altro è l'esser prevenuta la giuridizion del Giudice, a cui è ricorso il diffamato, e *radicata*, come suol dirsi, dinanzi a lui la causa, ficchè non possa il diffamante dinanzi ad altro suo competente Giudice sperimentare le sue ragioni: ed è questo secondo un effetto incerto, come quello, che dipende dalla controversia, se 'l diffa- 60
mato, o 'l diffamante sia in un tal giudizio l' attore: e per rispetto di questo secondo effetto, viene mossa da Matteo degli Afflitti (*a*), dal Reggente de Marinis (*b*), dal

(a) *Decis.* 268. (b) *Resol. lib.* 2. *cap.* 6.

dal Canonico de Luca (*a*), e dagli altri: nè mai si è mossa per rispetto del primo effetto, perchè, dove si tratta d'innovazione, e di attentato, solamente, o principalmente almeno, è da vedere, se si era dal Magistrato posta mano all'affare, e se per conseguente sieli fatta ingiuria alla pubblica autorità, nulla perciò importando, che venga l'ingiuria dall'attore, o dal reo: nè so, come da questa premessa: *Reo, non attore, è'l Monistero di S. Giuseppe*, possa il Contraddittore trarre la conseguenza, che pendenza di lite non vi era, quando
61 si fece la fabbrica. La pendenza della lite s'induce contra'l reo *per simplicem primam citationem*: e contra l'attore s'induce *per simplicem libelli porrectionem cum decretatione subscripta, licet non adhuc rei citatio fuerit expedita*, come, per comun sentimento de' Dottori, ben ricevuto ne' nostri Tribunali, scrive il Rodoerio (*b*). La ragion di cotesta differenza, sì convincentissima prova della falsità di quella conseguenza, posto ancora, che reo sia il Monistero di S. Giuseppe. La ragion, per cui la semplice citazion del reo induce contr' al reo la pendenza della lite, e la semplice oblazion del libello colla decretazion del Giudice l'induce contra l'attore, è questa, perchè'l reo, quando è citato, allora ha la notizia, che'l Magistrato ha posta mano all'affare: al contrario, l'attore ne ha la notizia, quando a sua istanza è'l suo libello sottoscritto dal Magistrato. Dunque, da una tal notizia dipende contra l'uno, e contra l'altro la pendenza della lite, e'l divieto d'innovare. Sia ora reo il Monistero di S. Giuseppe, come vuole il Contraddittore. Ha data esso la *Supplica?* Ha fatto esso commet-

(a) *Ad de* Marin. *loc. cit.*
(b) *Ad* de Marin. *cap.* 257. *num.* 4. 5. *&* 6.

metter la causa? ha fatto esso sottoscrivere dal Commessario la controsupplicata? Di ciò non si dubita. Dunque, prima del Monistero del Gesù, ebbe la notizia, che 'l Magistrato avea posta mano all' affare: e tanto basta, perchè prima contra esso Monistero di S. Giuseppe, che contra 'l Monistero del Gesù, si fosse indotta la pendenza della lite, e conseguentemente l'obbligo di nulla innovare. Non è poi da tollerare quel, ch' e' disse del non avere il Monistero del Gesù prima della fabbrica dedotta nel S. Consiglio azione. E quando l'aveva a dedurre? Prima della citazione non potea, perchè gli era del tutto ignota la *Supplica* data nel S. Consiglio dal Monistero di S. Giuseppe. Dopo la citazione, che seguì nel dì 8. del mese di Novembre la deduste dinanzi al Signor Commessario.

Ma tardi la deduste (soggiunse il Contraddittore) e non prima delle ore 22. del dì 9. fece notificare il decreto della inibizione.

E perchè posta dirsi (rispondo io) dedotta a tempo, quando dovea dedursi? La Badessa del Gesù, come si vide, poco prima dell'ora del desinare, notificata una carta, di cui non sapeva il tenore, rispose, che si mostrasse all' Avvocato del Monistero. Così si perderon più ore. Perchè poi si sottoscrivesse il decreto della inibizione, si ebbe a mandare il Mastrodatti Graziani ad un luogo di quì discosto otto, e più miglia, dov' erasi portato il Signor Commessario. Che se ci fosse stata Legge ordinante, che nelle cause di nunziazione *novi operis*, *SUBITO* dopo la citazione si dovesse impedire la fabbrica, pur dovrebbe intendersi quel *subito* con quella umanità, di cui pienissime sono le Leggi. La 62
voce *ex contingenti*, e la voce *illico*, che, secondo il proprio, e nativo significato, valgon lo stesso, che *subito*, ne' libri della Legge si estendon talvolta a tre giorni

ni (*a*): e Giacomo Cujacio il notò (*b*). Ma se avesse il Monistero del Gesù dedotta l'azione immediatamente dopo la citazione (giacchè prima non potea) l'avrebbe dedotta anche tardi? Il Contraddittore non oserà di affermarlo. E pure, se dedotta l'avesse nel momento istesso della citazione, anche tardi l'avrebbe dedotta, perchè nella notte precedente il dì della citazione, erasi già dato alla fabbrica cominciamento. Dunque il Monistero di S. Giuseppe volle burlarsi del Monistero del Gesù, facendogli in tempo, che non era intiera la cosa, notificare la controsupplicata, in cui si ordinava, che comparissero le parti nel S. Consiglio a proporre le loro ragioni, e volle ad un tempo burlarsi ancora del S. Consiglio, a cui era volontariamente ricorso, ed al cui giudizio avea rimessa la ragion sua, dicendo nella *Supplica*, che nel S. Consiglio volea sperimentarla, e dal S. Consiglio attendea decreto, che gli permettesse di fabbricare, senzachè 'l Monistero del Gesù potesse turbarlo *IN CONSTRUCTIONE*. E non sarà questa una fabbrica fatta *CLAM*, ed una fabbrica fat-
63 ta *VI*, soggiacente all'interdetto Pretorio *Quod vi, aut clam*, in virtù del quale si dee demolire (*c*)? Un caso
64 trovo io ne' libri della Legge, in cui non concorrono, come nel nostro, le due gravi circostanze di un' opera fatta per privata autorità, dappoichè si era, prima di farsi, rimessa al giudizio del Magistrato, e di un opera incominciata prima di citarsi la parte interessata: e 'l trovo soggetto al Pretorio interdetto *Quod vi, aut clam*. Si finga, che 'l Monistero di S. Giuseppe, senza ricorrere al S. Consiglio, avesse al Monistero del Gesù denun-

ciata

(a) *L. ult. C. de err. adv. L. ult. C. de judic.*
(b) *Tom. 1. edit. Neap. p. 523. lit. D.*
(c) *L. 1. pr. & §. 1. quod vi, aut clam.*

ciata una fabbrica, che intendea di fare, senza fargli sapere, qual fabbrica volesse fare, e dove, e quando, e poi, senza dargli un convenevole spazio di tempo a risolvere, l'avesse fatta. Avrebbe luogo in cotesto caso l'interdetto *Quod vi, aut clam?* Sì, dice in un bel luogo delle Pandette Ulpiano (*a*), dopo di aver premesso in un altro (*b*), che l'opera fatta o *vi*, o *clam*, si dee demolire. Le parole di Ulpiano sono: *Si quis se denunciaverit opus facturum, non semper non videtur clam feciſſe, ſi poſt denunciationem fecerit: debebit enim (& ita Labeo) & diem, & horam denunciatione complecti, & ubi, & quod opus futurum ſit: neque perfuſorie aut obſcure dicere, aut denunciare: neque tam artare adverſarium, ut intra diem occurrere ad prohibendum non poſſit.* La *Supplica* del Monistero di S. Giuseppe fatta notificare al Monistero del Gesù, contien di certo una denuncia di futura fabbrica: nè si fece, come per Legge si aveva a fare. In esso, non si espresse la qualità della fabbrica, non la circostanza del tempo, non la circostanza del luogo, ma *perfusorie & obscure* di una futura fabbrica si parlò. Quandochè tutte le sudette cose vi si fossero espresse, e solamente, per rispetto della circostanza del tempo, troppo corto spazio da risolvere si fosse conceduto al vicino, pur dice Ulpiano, che farebbesi fatto luogo all'interdetto *Quod vi, aut clam.* Or quanto più gli si è fatto luogo nel caso nostro, in cui *perfusorie & obscure* si parlò di una fabbrica: e tanto è lontano, che un qualche convenevol tempo si fosse conceduto al Monistero del Gesù per impedirne il cominciamento, che anzi la *Supplica* colla controsupplicata gli si notificò, quando gran parte

(a) *L. aut qui 5. §. 1. ff. eod.*
(b) *L. 1. §. 1. ff. eod.*

della fabbrica era già fatta?

Ultimamente diſse, che non ſi è provato, eſsere il luogo, ſopra cui la nuova fabbrica ſi è fatta, quello ſteſso, ſopra cui cadde la ſentenza dell' anno 1630; e che più che neceſsaria è una tal pruova, perchè, ſe nel termine ſi proverà non eſser quello ſteſso, ne ſeguirà, che non aveva il Moniſtero del Gesù diritto d'impedir la fabbrica, e di pretendere, trovandoſi già fatta, la demolizione.

In ſomma, vuol confondere l'accorto Contraddittore la cauſa dell' attentato colla cauſa principale contra più teſti eſpreſſi di Legge, e più eſempj di coſe giudicate, che nella mia I. *Scrittura*, e nella *Giunta*, ho raccolti. Or perchè meglio conoſca, ch' e' pretende coſa, la quale, fatta la fabbrica *vi*, *aut clam*, non gli ſi può menar buona, nè men quando notorio ſia, che 'l Moniſtero del Gesù diritto non avea d' impedirla, ponga mente (io nel prego) al caſo, che ora fingo. Io
65 con violenza ho tolto a Tizio il poſſeſſo di un ſuo fondo: Tizio con pari violenza mel toglie. Io il chiamo in giudizio, e pretendo, che mi ſi reſtituiſca il poſſeſſo, che con violenza mi è ſtato tolto: e Tizio riſponde, che antecedentemente gliel' aveva io tolto ancora con violenza; onde niun dritto avea di ritenerlo. In queſto caſo, potrebbe Tizio dirittamente pretendere, che ſi confondeſſe la cauſa principale colla cauſa dell' attentato? Il Contraddittore francamente dice di sì: nè pare, che poſſa dirſi altrimenti, giacchè nè ſi dubita, che Tizio, primachè io gli faceſſi violenza, poſſedeva, come vero padrone, il fondo; nè ſi dubita, che prima della violenza a me fatta da Tizio, pari violenza aveva io fatta a lui, ond' era io un predone. E pure, molto più franco del Contraddittore, dice la Legge (ed è nelle *Iſtituzioni*) che, prima di entrarſi ne' meriti

della

della cauſa principale, aſſi ad ammendare la violenza, e reſtituire a me, tuttochè predone, il poſſeſſo: *Recuperandae poſſeſſionis eauſſa* (dice Triboniano (*a*) *ſolet interdici, ſi quis ex poſſeſſione fundi, vel aedium vi dejectus fuerit; nam ei proponitur interdictum Unde vi: per quod is, qui dejecit, cogitur ei reſtituere poſſeſſionem, licet is ab eo, qui vi dejecit, VI, vel clam, vel precario poſſideat:* per lo qual luogo, così ſcriſſe il dotto Everardo Bronchorſt (*b*): *Tanta eſt violentiae improbitas, tantum odium, ut ſpoliatus per vim ſua poſſeſſione, ANTE OMNIA ſit reſtituendus, ETIAMSI SIT PRAEDO.* Se la violenza fatta dal padrone del fondo dee, tuttochè fatta ad un predone, ammendarſi, con ridurre la coſa allo ſtato primiero, ed ammendata a coteſto modo la violenza, potrà entrarſi ne' meriti della cauſa principale, molto più ſi dovrà, prima di ogni altro, ammendare la violenza fatta al Moniſtero del Gesù, non ad un predone, e fatta non da un padrone di fondo non litigioſo, ma dal Moniſtero di S. Giuſeppe, che, ſebben foſſe padrone del fondo, non avea però dopo la ſentenza dell'anno 1630; dopo due recenti decreti della Curia, e dopo introdotto il giudizio nel S. Conſiglio, la libertà di edificarvi. E queſta iſteſſa violenza fa, che, quando ſarà demolita la nuova fabbrica, allora poſſa cominciarſi a diſputare della identità del luogo, come di quella, ch'è un punto appartenente ai meriti della cauſa principale. Ma chi crederebbe, che 'l Moniſtero iſteſſo di S. Giuſeppe ha fatta, non volendo, in favore del Moniſtero del Gesù la pruova di coteſta identità? La coſa ſta, come io dico, e 'l Moniſtero del Gesù gliene dee ſaper grado. Nel ricorſo fatto alla Curia dal Moniſte-

(a) *Inſt. de interd.* §. 6.
(b) *Miſcell. controv. cent.* 2. *aſſert.* 50.

niſtero del Gesù, ſi deſignò chiariſſimamente il luogo, ſopra cui temea, che la nuova fabbrica ſi faceſſe, colle ſeguenti parole: *Si preintende, che dal contiguo Moniſtero di Monache di S. Gioſeffo de' Ruffi dell' Ordine Eremitano di S. Agoſtino, ſi voglia coſtruire una loggia in una parte del tetto di un ſoppegno di detto Moniſtero al preſente denominato il Palombaro, che ſovraſta il luogo, prima nominato Lavoratorio, oggi Speziaria di detto Moniſtero, poco diſcoſto dal muro della clauſura di eſſo Moniſtero del Gesù.* Or ſe non in queſto sì ben deſignato luogo intendea di far la nuova fabbrica il Moniſtero di S. Giuſeppe, potea dichiarare l'intenzion ſua, e ſarebbeſi ſul bel cominciare poſto fine alla lite: ſe poi nel luogo deſignato intendea di farla, e ſapea, che non era il luogo, ſopra cui cadde la ſentenza dell'anno 1630, in tal caſo, confidando nella giuſtizia della ſua cauſa, o poteva attender con ſicurezza il decreto del Giudice, che gli permetteſſe di farla, o, ſe non volea tanto indugiare, ben poteva, offerendo la ſatisdazione *de demoliendo*, viſto l'eſito del giudizio, darle ſubito cominciamento, ſenza violar la clauſura, e con molto minore ſpeſa, e con più di perfezione, e durata, condurla a fine. Ma nel luogo dal Moniſtero del Gesù deſignato, ſenza permeſſo di Giudice, ſenza ſatisdazione, di nottetempo, con aperta violazion della clauſura, con quella ſpeſa maggiore, che per le clandeſtine, e tumultuarie opere ſi richiede, nè ſecondo le regole dell' arte, e conſeguentemente con poca ſperanza di lunga durata, ha'l Moniſtero di S. Giuſeppe fatta inalzare la nuova fabbrica. Dunque l'ha fatta quivi inalzare, ben ſapendo, che quello era il luogo, ſopra cui cadde la ſentenza dell'anno 1630: e ve l'ha fatta a coteſto modo inalzare, perchè prevedea, che dal Magiſtrato non
66 gli ſarebbe ſtata permeſſa. Acconciſſimo è un luogo del

dotto

dotto Oldendorpio, con cui voglio a questa *Scrittura* por fine (a): *Pro eo habetur tale aedificium sine ulla judicis pronunciatione, ac si nullo jure factum sit. Cur enim juri suo fidens non satisfecit, vel obtulit satisfactionem, vel a judice obtinuit remissionem?*

Di Casa nel dì 5. del mese di Maggio dell'anno 1774.

Per D. Giuseppe Torelli contra D. Giuseppe, e D. Gennaro Jovene.

ARGOMENTO.

Si spone la Costituzione dell' Imperador Zenone nella *L. ex quo pace 12. Cod. de aedificiis privatis*, trattante dell'aspetto del mare.

SOMMARIO.

1 *Si spone la Costituzion di Zenone nella* L. ex quo pace 12. Cod. de aedif. privatis, *trattante dell' aspetto del mare*: Ved. i num. seg.

2 *Se tale Costituzione fosse stata locale, cioè, per la sola Città di Costantinopoli, oppure comune a tutte le Città dell' Imperio Romano*: Ved. il num. 4. e seg.

3 *Dell' esistenza di detta Costituzione, non è da dubitare.*

5 *Qual frode facevasi a tale Costituzione.*

6 *Che per rispetto all'aspetto del mare, non sia stata ri-*

ri-

(a) *De action. class. 3. act. 7. §. 6.*

ricevuta da' Napoletani: Ved. i num. ſeg.

9 *Si eſaminano alcune deciſioni de' noſtri Tribunali:* Ved. i num. ſeg.

13 *Le ſervitù ſi debbono concludentemente provare.*

14 *A niuno è permeſſo di far coſa ad emulazione, e ingiuria altrui. Quando ceſſi il ſoſpetto dell' emulazione:* Ved. il num. ſeg.

16 *Quando, fabbricando, ſi poſſa torre al vicino il lume, e l'aria.*

17 *La ſcienza, e la taciturnità, inducono conſenſo:* Ved. il num. ſeg.

18 *Se, trattandoſi di coſe pregiudiziali, ſi abbia a credere, che conſenta, chi ſa, e tace:* Ved. il num. ſeg.

19 *Nelle coſe pregiudiziali ſi deve ſubito contraddire, altrimenti s'induce il conſenſo:* Ved. i num. ſeg.

20 *Le voci* continuo, ſtatim, confeſtim, incontinenti, *come ſi abbiano ad intendere.*

ALLEGAZIONE VII.

VOlendo D. Giuſeppe Torelli, per cui ſcrivo, perfezionare una ſua caſa nella Real Villa di Portici, e principalmente edificarvi una ſcala, per cui ſi aſcenda all' appartamento ſuperiore, gli ſi oppongono D. Giuſeppe, e D. Gennaro Jovene, dicendo, dovergliſi proibire qualunque nuova opera, come quella, per cui ſi toglie ad una lor caſa l'aſpetto del mare, e come quella, che ſi vuol fare unicamente per emulazione. E queſta è la cauſa, che dee decidere il S. Conſiglio.

CA-

CAPO I.

Tuttochè la nuova opera, che intende di fare D. Giuſeppe Torelli, tolga alla caſa di D. Giuſeppe, e di D. Gennaro Jovene l' aſpetto del mare, non ſi dee proibire.

PEr quel, che ſi appartiene all' aſpetto del mare, credono D. Giuſeppe, e D. Gennaro Jovene, che giovin loro una Coſtituzione dell' Imperador Zenone (*a*), 1
ed alcune altre dell' Imperador Giuſtiniano (*b*). Per la Coſtituzion di Zenone ſi ordinò, che non altrimenti foſſe lecito di alzarſi edificio, onde ſi toglieſſe all'altrui caſa l'aſpetto del mare, che frapposto lo ſpazio di cento piedi. Eſſendoſi dappoi dubitato, ſe quella Coſtituzione foſſe *locale*, cioè, fatta per la ſola Città di Coſtantinopoli, o comune a tutte le Città dell' Imperio Romano, fu coteſto dubbio tolto via dall' Imperador Giuſtiniano, che dichiarò (*c*), doverſi quella in tutte le Città dell' Imperio oſſervare. Seguentemente proibì alcune frodi, che ſi faceano alla Coſtituzion di Zenone (*d*): e finalmente volle, che 'l medeſimo ſpazio ſi frapponeſſe anche, quando obliquamente toglievaſi l' aſpetto del mare. 2

(a) *In L. ex quo pace* 12. *C. de aedif. privat.*
(b) *In L. quum dubitabatur* 13. *C. eod. Nov.* 63. *& Nov.* 165.
(c) *In dict. L.* 13.
(d) *In dict. Nov.* 63.

3 Il Cardinal de Luca, coteſto punto trattando (*a*), *anche in ſenſo di verità*, com'e' dice, niun conto tenne della Coſtituzion di Zenone, come di quella, che ſino ai tempi di Antonio Conzio non era nel Codice, e vi fu dal Conzio inſerita per privata autorità, ſenzachè ſi ſappia, di quale archivio l'aveſſe tratta. Non ſon io però così cieco della paſſion della cauſa, che abbia per buone coteſte ſcempiezze. La Coſtituzion Zenoniana fin dal ſecolo X. leggeaſi ne' Baſilici: e le Novelle LXIII, e CLXV. dell'Imperador Giuſtiniano, tanta fede le acquiſtano, che 'l dubitarne è ſtoltezza. Dunque altronde aſſi a trarre argomento da difendere D. Giuſeppe Torelli: ed io dalle medeſime Coſtituzioni dell'Imperador Giuſtiniano vo' trarlo.

4 E' dunque da notare, che nella lunghiſſima Coſtituzion di Zenone ſi parla non ſolo del proſpetto del marè, il quale proprio era della Città di Coſtantinopoli, poſta, come ſi sa per ciaſcuno, al lido del mare, ma ancora di molte altre ſervitù comuni a tutte le Città dell'Imperio, o foſſer marittime, o no. Ciò poſto, è da credere, che quando dichiarò Giuſtiniano, eſſer la Coſtituzion di Zenone comune a tutte le Città dell'Imperio, ebbe nell'animo di far coteſta dichiarazione per riſpetto di quelle ſervitù, che convenir poteano, come alla Città di Coſtantinopoli, così a tutte le altre Città, qualunque foſſe il lor ſito; non già per riſpetto della veduta del mare. Così fu inteſa dal Gotofredo la nuova Coſtituzione dell'Imperador Giuſtiniano. Sue parole ſono (*b*): *Ubique terrarum, hoc eſt, non modo in Urbe, ſed etiam in Provinciis, quæ de ædificiis ſuperius dicta ſunt, obtinent, excepto proſpectu in mare;*

(a) *De ſervit. diſc.* 1. *a num.* 3.
(b) *In dict. L.* 13. *num.* 24.

mare; nam is tantum Conſtantinopoli, & in ejus continentibus dumtaxat locum habet. Seguì l' opinion del Gotofredo il ſuddetto Cardinal de Luca (*a*): *Licet Juſtinianus in d. L. fin. C. de aedif. priv. illam extenderit ad omnes civitates, & provincias Imperio ſubjectas, nihilominus ejuſdem extenſionis tenor oſtendit ita geſtum eſſe in ea parte, in qua diſponitur de ſervitutibus, utpote de materia omnibus civitatibus, & locis inhabitatis congrua, & communi, non autem circa maritimum aſpectum, qui peculiaris eſt civitatis, & locorum exiſtentium ad oras maritimas: atque potius delitiae privilegium, quam ſervitutem continere dicitur.*

Ma non ſi ſtia alla ſola autorità del Gotofredo, e del de Luca. Di quella Coſtituzione, per cui Giuſtiniano dichiarò, eſser la Coſtituzion di Zenone a tutte le Città dell' Imperio comune, ſia interpetre il medeſimo Giuſtiniano: e quì ſoggiugnerò coſa, quanto nuova, per quel, che io ne ſappia, altrettanto vera. Alla Legge di Zenone faceaſi frode a queſto modo. Inalzava taluno in diſtanza di cento piedi un altiſſimo muro, onde all' altrui caſa toglievaſi il proſpetto nel mare. Indi in vicinanza di quella caſa, donde più non vedeaſi il mare, un nuovo edifizio ſi ergea: e finalmente gettavaſi a terra quel muro. Cotella frode proibì ſotto alcune pene l' Imperador Giuſtiniano per una ſua Novella diretta a Longino, Prefetto della Città di Coſtantinopoli (*b*). Ma ſi notino tre luoghi di quella. Quivi nel principio è ſcritto: *Cauſſam, quae doloſe fit in HAC REGIA CIVITATE circa domuum aedificia, cohibere, & emendare juſtum credimus.* Si legge ancora: *Sequitur autem, in HAC REGIA URBE non poſſe aliquid*

(a) *Dict. diſc.* 1, *num.* 8.
(b) *Nov.* 63.

quid ultra centum pedes prohibere maris aſpectum. Si chiude poi la Novella così: *Quae igitur placuerunt nobis, & per hanc ſacram declarata ſunt Legem, tua celſitudo in HAC FELICISSIMA CIVITATE operi, terminoque contradere, & in perpetuum ſervari feſtinet*. In una breviſſima Novella tre volte ſi nomina la ſola Città di Coſtantinopoli, delle altre Città dell' Imperio non ſi fa motto: e pure ve n' era di molte, le quali non men, che la Città di Coſtantinopoli, guardavano il mare. Poteaſi dunque commettere quella frode anche altrove. E perchè ſi proibì nella ſola Città di Coſtantinopoli? Perchè quivi ſolamente può farſi frode alla Legge, dove la Legge ha luogo. Dunque quella parte della Coſtituzion di Zenone, ove parlavaſi del proſpetto nel mare, ſi ebbe per una Legge *locale*, fatta per conſervar la bellezza di quella Città, ſede del più famoſo Imperio del Mondo: altrimenti ſarebbe da dire, che ſebbene egualmente in tutte le Città dell' Imperio vi foſſe la medeſima Legge, che vietava dentro lo ſpazio di cento piedi il nuovo edificio, onde toglievaſi la veduta del mare; nondimeno ben poteaſi nelle altre Città erger quel muro, che in Coſtantinopoli non ſi potea: e per conſeguente un iſteſſo fatto aveaſi in un luogo, come fatto, onde faceaſi frode alla Legge, in un altro luogo, come un fatto dalla Legge permeſſo: la qual coſa è ſconciſſima ad udire: nè ci ſarà chi, trattandoſi di Legge penale, aver poſſa l' ardimento di eſtenderla da luogo a luogo.

Dunque, quandochè ſi voglia la preſente cauſa decidere ſecondo il jus comune, la Coſtituzion di Zenone, al mio Cliente non nuoce. Che ſe poi decider ſi voglia, come ſi dee, ſecondo le Conſuetudini Napoletane, molto meno gli nuoce per le coſe, che ſon per dire.

Il Gotofredo, a confermazion di sua interpetrazione, cita la Glosa de' Basilici, e l'Armenopulo, che a cotesto modo intesero la Costituzion di Giustiniano. Dunque credettero i Greci, che la Costituzion di Zenone, per rispetto della veduta del mare, avesse luogo nella sola Città di Costantinopoli. Or si sa, che 'l nostro paese ricevè le Romane Leggi da' Greci, che ne furon Signori, e le ricevè, secondochè s' interpetravan da' Greci. Ciò tanto è vero, che, avendo il Re Carlo I. d' Angiò chiamate *antiche* le Consuetudini Napoletane (*a*), i più dotti Scrittori del Regno, tra' quali è l' Autore della storia Civile, riferiscono quell' aggiunto alle Leggi, ed alle usanze dell' Imperio Greco. Dunque è certamente da credere, che quella Costituzione fu presa appresso noi in quel senso, nel quale era stata presa da' Greci Interpetri, e che seguentemente non ne fu in Napoli ricevuta quella parte, in cui parlasi del prospetto nel mare, come non era stata nel Greco Imperio ricevuta. 6

Ciò si conferma, dandosi un guardo alla nostra Città. E' posta, siccome ciascun vede, al lido del mare: e gli spessi edifizj di essa son tali, che l' uno ha tolto all' altro la veduta del mare. Or se si fosse appresso noi osservata la distanza di cento piedi da Zenone prescritta, tal non sarebbe la nostra Città, quale oggi si vede. E non è da credere in alcun modo, che i tanti edifizj, onde toglieasi a tanti la veduta del mare, si fossero inalzati col consentimento espresso, o tacito di coloro, che poteano impedirgli. Sono i nostri Napoletani, come la cotidiana esperienza ci mostra, inchinatissimi a litigare: e delle liti, che si agitano nel 7

nostro

(a) *In prooem. consuet.*

noſtro foro, le più frequenti, forſe ſon quelle, che ſi fanno per impedire le nuove fabbriche.

Ma non ci è uopo di congetture. La coſa è tanto
8 chiara, che nulla più. Le noſtre Conſuetudini, trattanti degli edifizj, ſon tratte, nella più gran parte, dalla Coſtituzion di Zenone, o dalle uſanze nell' Imperio Greco, introdotte dopo la ſuddetta Coſtituzione. Nella Coſtituzion Zenoniana della diſtanza, ch' eſſer dee tra due edifizj, ſi legge: *Jubemus**, *duodecim pedes relinqui intermedios inter utramque domum, incipientes a ſuperpoſita fundamentis aedificii parte, eademque obſervatione perſeverante ad ſummum uſque altitudinis culmen: & ei, qui hoc in poſterum obſervaverit, licere domum in quantam voluerit altitudinem excitare, & attollere, & feneſtras fabricare, tam quae proſpectivae dicuntur, quam quae luciferae.* Si vegga ora, come ben riſponde alla Coſtituzion di Zenone la Conſuetudine del noſtro paeſe: *Si quis habet parietem, in quo ſit feneſtra doſſitia, vel quaelibet alia apertura pro aſpectu, vel lumine ingrediendo, qui paries ſit juxta curtim, domum, vel hortum alicujus vicini, & vicinus vult ex oppoſito ad aperturas, quae ſunt in dicto pariete, aedificare in horto, curti, vel domo ſua, debet per palmos cannae 12. elongare ſe; & eatenus diſtare debet aedificium, quod conſtruit, a dicto pariete, ita tamen quatenus aedificium novum, quod fit, fieret ex oppoſito ad dictas doſſitias, vel etiam aperturas.* Soggiugneſi nella Coſtituzion di Zenone la ſola eccezione del nuovo edifizio, onde ſi toglie il proſpetto nel mare. Ma coteſta eccezione nella noſtra Conſuetudine non ſi legge. Dunque, o ebbero i noſtri maggiori per vero quel, che coſtantemente inſegnavano i Greci Giuriſconſulti, che quella Coſtituzione, per riſpetto della veduta del mare, eraſi fatta per la ſola Città di Coſtantinopoli, e non eraſi da Giuſtiniano eſteſa alle altre

Città

Città dell' Imperio, o, quandochè si dia, ch' era quella a tutto l' Imperio comune, non vollero riceverla per quella parte. Che, se, ciò non ostante, si pretendesse, dover valere appresso noi l' eccezion Zenoniana, sarebbe cosa dura ad intendere, perchè que' valentuomini, che furono dal Re Carlo I. adoperati a scrivere le nostre Consuetudini, l' avessero omessa. E' ancora quì da riflettere, che niuno degli antichi spositori delle nostre Consuetudini notò, che la Consuetudine ordinante la distanza di palmi 12. era da limitarsi nel caso dell' aspetto del mare. Sono essi, come per le lor chiose si manifesta, cotanto diligenti in produrre le limitazioni delle Consuetudini, che ben si può loro a vizio imputare. E perchè d' una limitazione tanto importante non fanno alcun motto? Certamente, perchè non nacque lor dubbio nell' animo, che appresso noi potesse aver luogo.

Meritamente adunque il tavolario Manni nella relazione, che d' ordine del Signor Commessario ha fatta nella presente causa, per la perizia, che ha de' costumi del paese, e dell' usato stile di giudicare, scrive: *Per quello dispongono le nostre patrie Leggi, può il suddetto magnifico Torelli edificare nel proprio suolo.* Se non che nella medesima relazione ha citate il Manni ad istanza di D. Giuseppe, e di D. Gennaro Jovene alcune contrarie decisioni, a cui conviene, che si risponda.

La prima è la decision cinquantesima del Capecelatro. Ma perchè si conosca, di qual peso esser possa cotesta decisione, più cose son da osservare. I. Testimonia il Capecelatro (a), che, *discusso plene articulo, fuit visum aliquibus ex Dominis, quod decisio illius posset esse valde praejudicialis, ex quo nunquam fuerat in hac Civitate practicatum.* Dunque fino al dì di quella deci-

9
1

(a) *Decis.* 50. *num.* 28.

decisione, non si era mai nel nostro paese vietata fabbrica, perchè toglieva all' altrui casa l' aspetto del mare. Or come può riuscir verisimile, che in una Città, nella quale, secondochè si è detto, la più gran parte degli edifizj ha perduto per le nuove opere la veduta del mare; e nella quale è la gente vaghissima delle liti; come può, torno a dire, riuscir verisimile, che in tanti, e tanti secoli, quanti n' eran corsi, primachè scrivesse il Capecelatro, *non fosse*, com' e' dice, *mai praticato* d' impedir la fabbrica, perchè togliesse il prospetto nel mare? Non può riuscir verisimile altrimenti, che dicendosi, non esserssi mai tenuto appresso noi alcun conto della proibizion di Zenone. In fatti, scrive il Cardinal de Luca (*a*), che, trovandosi egli in Napoli in quel tempo, ricordavasi, che 'l caso dal Capecelatro proposto, sembrò del tutto nuovo. II. Soggiunge il Capecelatro, ch' essendosi dato termine nella causa, e permesso intanto al reo di fabbricare fino a tanta altezza, che non perdesse interamente l' attore il prospetto nel mare, si produsse contra cotesto decreto il rimedio della *riclamazione*, nella discussion del quale, si considerò, che la nuova fabbrica dal reo si faceva, *potius ad aemulationem pro damnificando vicino*: onde la suddetta decisione, tuttochè sia la prima, che si fosse fatta dopo tanti, e tanti secoli, non può prodursi in esempio.

10 La seconda è una decisione del dì 24. del mese di Settembre dell' anno 1744. nella causa tra 'l Duca Coscia, e D. Gioacchino Cocozza. Ma è questa apertamente contraria a' fratelli di Jovene, che la fecero dal Manni citare in lor pro. Si son prodotti da D. Giuseppe Torelli idonei documenti, onde costa, che avendo

(a) *Dict. disc.* 1. *num.* 14.

do il Duca Coſcia impedita la nuova fabbrica, che intendeva di fare il Cocozza, fu dal S. Conſiglio interpoſto decreto: *quod tollantur inhibitiones factae.*

Due altre deciſioni ſi fecero dagli Avverſarj, citate nella relazione del Manni, l'una del S. Conſiglio nella cauſa tra Pietro Bruno, e Giacinto Salla, la quale non è diverſa da quella, che 'l Capecelatro deſcriſſe: l'altra della R. Camera nella cauſa tra Diego di Matta, e i PP. Geſuiti, le quali ſi rapportano da Carlantonio de Roſa (*a*). Ma per coteſte iſteſſe deciſioni ſi moſtra, che la Coſtituzion di Zenone non ha nel noſtro paeſe forza di Legge. Il S. Conſiglio, e la R. Camera, uſarono in que' due caſi del ſeguente temperamento dal de Roſa approvato: *Si opus novum vicino eſt neceſſarium, & alteri vicino ex alio loco domus ſuae maris proſpectus remanet, permittitur aedificare.* Or quando ſi voglia aver come Legge del paeſe la Coſtituzion di Zenone, per quali regole di Giuriſprudenza ſi permetterà, che taluno tolga la veduta del mare al primo appartamento della mia caſa, e, per contrario, non gli ſi permetterà, che la tolga al ſecondo? o che ad alcune fineſtre d' un medeſimo appartamento la tolga, e non la tolga ad alcune altre? Ciò non ſi dice nella Coſtituzione, giuſta la quale quel diritto, che ho per riſpetto d'uno appartamento, o di alcune fineſtre, quel medeſimo diritto aver debbo per riſpetto dell' altro appartamento, o delle altre fineſtre. Tanto è lontano, che ciò quivi ſi dica, che anzi il contrario v' è ſcritto. Ecco le parole di Zenone (*b*): *Nulla licentia ex hoc ſpatio conceſſa tollendi vicino directum* (lo ſteſſo dee dirſi dell'obliquo (*c*)),

(a) *Civ. decret. prax. cap.* 13. *num.* 48.
(b) *Dict. L.* 12. *C. de aedif. priv.*
(c) *Dict. Nov.* 63. *&* 165.

& omni ex latere domus inviolatum in mare prospectum, quem domi stans, vel sedens habet. Vuole l'Imperadore, che sia l'aspetto del mare *inviolato da qualunque parte della casa.* Dunque non permette, che in parte si tolga, quando una parte ne resti; e seguentemente esclude il suddetto temperamento. Stando così la cosa, con quella venerazione, che a que' due supremi Tribunali è dovuta, oso di dire, che quel temperamento mal si confà co' principj della buona Giurisprudenza. Usarlo, sarebbe lo stesso, che stabilire nel nostro paese una Legge del tutto nuova, ed una Legge contraria alla mente, ed alle parole di Zenone. Se vivessero que' valentuomini, che nel S. Consiglio, e nella R. Camera decisero così, domanderei loro con quel sommo rispetto, che si converrebbe, se giudicarono a quel modo per la Legge di Zenone, o per altra Legge del Regno. Io non so, quando mi volessero degnar di risposta, che mi risponderebbero. So bene, che quel temperamento è contrario alla Legge di Zenone: so, che altra Legge nel Regno non ci è, che l'approvi. Dunque, escluso qualunque temperamento, nel caso nostro unicamente assi a vedere, se ci sia Legge appresso noi vietante i nuovi edifizj, quandochè per essi tolgasi all'altrui casa il prospetto nel mare. Se la Legge ci è, si dee questa in ogni caso osservare: se non ci è, si dee sempre, ed in ogni caso permettere l'edifizio nel proprio suolo, e seguane che vuole. E comechè sia cosa alquanto dura, che uom perda per l'edifizio altrui l'amenissima veduta del mare; nondimeno è cosa molto più dura, che uom perda, per non turbare le altrui delizie, quella libertà, che dal diritto delle genti vien permessa d'inalzar la sua casa fin dove d'inalzarla gli piaccia. Ma si è già dimostrato a bastanza, non esserci appresso noi cotesta Legge proibitiva.

Che

Che se nel nostro caso usar si voleſſe il proposto temperamento, forse non nuocerebbe al mio Cliente ; poichè, secondo la relazione del Manni , facendosi dal Torelli la scala, dove intende di farla, pure resterebbe alla casa di D. Giuseppe, e di D. Gennaro Jovene *una veduta di mare*. Nè osta quel, che dice il Manni, che la veduta sarebbe *picciola*, dovendo bastare , che ce ne resta, e nulla importando, quale, e quanta sia quella , che resta, come si mostra per una recentissima decisio- 11
ne del S. Consiglio , fatta il dì 1. del mese di Marzo dell' anno 1743. nella causa tra 'l Notajo Alessandro Cepollaro ; e i fratelli di Molcaldo . Impediron costoro una nuova fabbrica , che aveva il Cepollaro incominciata a fare nella Real Villa di Portici, come quella, che toglieva *a tutta la fronte* di una lor casa l'aspetto del mare, restando libera solamente *una veduta di lingua di mare verso la riviera di Posilipo fra casa, e casa* , come il tavolario riferì . Nel dì 7. del mese di Febbrajo dell'anno 1747. fu dal S. Consiglio interposto decreto contrario al Cepollaro ; ma , essendosi poi nel suddetto dì 1. del mese di Marzo nuovamente trattata la causa coll' intervento dello Spettabile Signor Presidente, e di tre Signori Consiglieri aggiunti , s' interpose il seguente decreto: *Per S. R. C. provisum est, quod suspenso decreto S. C. latò sub die 7. Februarii 1747. magnificus Not. Alexander Cepollaro , utatur jure suo in extollendo aedificium domus in rectis deductae in toto ejus solo*.

Si esamini ora, quanto picciola veduta di mare resterebbe alla casa de' fratelli di Jovene, se, giusta i suoi desiderj, perfezionasse il Torelli la sua. Picciola sarebbe per rispetto delle finestre, poichè dalla sola quarta finestra del secondo appartamento si guarderebbe il mare ; ma non sarebbe picciola per rispetto de' balconi. La casa de'

ſuddetti di Jovene *ha nella fronte quattro fineſtre, e due balconi per ciaſcuno appartamento*, come diceſi nella relazione del Manni. Quivi ancora ſi dice, che la nuova fabbrica, che intende il Torelli di fare, laſcerebbe una picciola veduta di mare alla quarta fineſtra del ſecondo appartamento: ma nulla ne torrebbe ai due balconi di ambedue gli appartamenti. Nella cauſa del Cepollaro, il S. Conſiglio non vietò la nuova fabbrica, tuttochè togliesſe *a tutta la fronte* della vicina caſa l'aſpetto del mare: e la vieterà nel caſo noſtro, nel quale ne reſta parte ad una delle fineſtre, ed intero a quattro balconi, che ſono nella fronte della caſa?

Ma perchè non mi valgo io di coteſta ultima deciſione del S. Conſiglio a confermazione di quel, che di ſopra ho moſtrato, non eſſere la Coſtituzion di Zenone Legge del Regno? Di ciò furono ben perſuaſi i Giudici di quella cauſa, de' quali, o ſi riguardi il numero, o ſi riguardi la dottrina, eſſer dee grandiſſima l'autorità. Se aveſſero eſſi creduto, che la Coſtituzion di Zenone era Legge del Regno, avrebbero certamente giudicato contr' al Cepollaro; poichè dalla relazione del tavolario coſtava, che per la nuova fabbrica toglievaſi *a tutta la fronte* della caſa de' fratelli di Molcaldo il proſperto nel mare: e che la picciola veduta, la quale reſtava libera *fra caſa*, e *caſa*, ſi godeva non già dalle ſtanze, come prima, ma *uſcendoſi fuori de' balconi*: il che veniva dall'Imperador Zenone eſpreſſamente vietato per quelle parole: *Nulla licentia conceſſa tollendi in mare proſpectum, quem domi ſtans, vel ſedens habet.* Ebbe dunque il S. Conſiglio per vero, che la Coſtituzion di Zenone non era Legge del Regno. Nè la prima volta l'anno 1747. il S. Conſiglio credette così. Aveva al-
12 tra volta così creduto l'anno 1649. Ce ne rende teſtimonianza il Gizzio, il quale, dopo aver propoſta la

ſoprac-

ſopraccitata deciſione del Capecelatro, ſoggiunge (a): *Quum iterum diſputari contigiſſet in dicto S.C. eo quod, quum aedificare coepiſſet Laelius Balduinus in ejus domo, fuit inſtatum per Monaſterium Jeſus Mariae Ordinis Praedicatorum inhiberi, ex quo aſpectus maritimus tollebatur per aſpectum collateralem, nihilominus per S. C. facto acceſſu ſuper loco, ad relationem D. Jo: Baptiſtae Jovini Reg. Conſil. ac mei Domini, fuit judicatum, licere dicto Laelio fabricare de anno 1649. in Banca Cioffi.*

Tempo è ora di proporre in favore del mio Cliente un altro fortiſſimo argomento, cui non ſi renderà dagli Avverſarj riſpoſta, che vaglia. E' dubbio, ſe la Coſtituzion di Zenone ſia, o no Legge del Regno. Dicon di sì Ettore Capecelatro, e Carlantonio de Roſa. Dicon di no il Cardinal de Luca, il Gizzio, e la più gran parte de' noſtri Scrittori. In quanto alle deciſioni, non ce n'è, per quel, che io ne ſappia, una ſola, che poſſa dirſi conforme alla Coſtituzion di Zenone. Ce ne ſono alcune poche fatte, ſecondo il propoſto temperamento: altre ce ne ſono aſſolutamente fatte in favor di coloro, i quali, edificando nel proprio ſuolo, toglievano alle altrui caſe la veduta ameniſſima del mare. Ben poſſono coteſti diſpareri indurre negli animi de' Sign. Giudicanti un dubbio, ſe ci ſia, o nò nel noſtro paeſe Legge, o coſtume, che vieti la nuova fabbrica, onde al vicino ſi tolga l'aſpetto del mare. Or come aſſi in coteſto dubbio a giudicare? Vuolſi riflettere, che ſi tratta d'un divieto, onde reſtringeſi la libertà naturale. Poſto ciò, io riduco alla memoria di que' dottiſſimi Signori, 13
che debbon decidere queſta cauſa, la maſſima indubitata di Legge, che, dove ſi voglia imporre altrui, od alle robe d'altrui qualche peſo, o ſervitù, il ſolo dubbio non

(a) *In dict. deciſ. Capyc. Latr. num.* 34.

non baſta, ma di chiara, ed eſpreſſa Legge è meſtieri; eſſendo alla ſola ſomma poteſtà conceduto, di torre nello ſtato civile agli uomini, una parte di quella libertà, che nello ſtato naturale godevano intera. Per coteſti principj, da' Dottori comunemente s' inſegna, che, ſe taluno fonda ſua intenzione in qualche ſervitù o coſtituita per patti, o dalla Legge introdotta, dee pienamente, e concludentemente provarla; poichè altrimenti, nel dubbio, dee giudicarſi in favore della libertà. Tuttochè la coſa ſia chiara, pur mi piace di recare in mezzo un' autorità della Ruota Romana, trattante un caſo ſimiglianteſſimo al noſtro (a): *Quum ipſi ſe fundent in ſervitute, tenentur eam plene, ac concludenter probare, nam in hac materia, concurrentibus undique conjecturis, praeferenda ſunt indicia libertatis.* E' tratta coteſta maſſima da più luoghi del jus Civile, tra' quali belliſſimo è un reſcritto degl' Imperadori Diocleziano, e Maſſimiano. Trattando coteſti Principi d' una ſervitù, che ſi diceva acquiſtata per antica Conſuetudine, dicono (b), doverſi quella menar buona, *ſi MANIFESTE doceri poſſit &c.* Manifeſta eſſer dee la pruova, perchè ſi ammetta la ſervitù. Quandochè manifeſta non ſia, ſi dee giudicare per la libertà.

CA-

(a) *Recent. par. 5. dec. 587. num. 7.*
(b) *In L. 7. C. de ſervit. & aqua.*

CAPO II.

La nuova ſcala, che intende di fare D. Giuſeppe Torelli, non ſi può dire, che ſi faccia per emulazione.

I Giuriſconſulti Papirio Giuſto (*a*), e Macro (*b*), e- 14
ſpreſſamente vietano a chicchefſia di non far coſa ad emulazione, ed ingiuria di altrui, quantunque la coſa ſia tale, che, non facendoſi con animo inimico, ſarebbe dalle Leggi permeſſa. E' dunque conformiſſima a' principj del jus Civile la maſſima cotanto trita nel foro, eſſer da proibire le fabbriche, le quali ſi fanno per emulazione. Ma quanto certa è coteſta maſſima, 15
altrettanto è certo, che, quando la fabbrica è o neceſſaria, od utile a chi vuol farla, la neceſſità, o la utilità, eſclude qualunque ſoſpetto di emulazione, ſebbene l'utilità ſia picciola, e non picciolo ſia il danno, che ſi reca al vicino. Così la Ruota Romana (*c*): *Stante utilitate aedificantis, aemulatio quaelibet excluſa remanet, quamvis vicinus ex aedificio laedatur, etiam ubi modica eſſet utilitas.* Ciò ſuppoſto, ſi vegga, che dice il Manni di coteſta preteſa emulazione. Io ne traſcriverò le parole, e ſoggiungerò alcune poche note.

Non vi è dubbio, che, proſeguendoſi le fabbriche del detto magnifico Torelli verſo il ſuo territorio, con formarſi la ſcala, o altre fabbriche di ſtanze, certamente la

(a) *In L. Imperatores* 17. *ff. de ſerv. praed. ruſt.*
(b) *In L. opus novum* 3. *ff. de oper. pub.*
(c) *Recent. part.* 17. *deciſ.* 31. *num.* 2.

la detta casa di detti magnifici Jovene perde molto di pregio (1), *lume, ed aspetto del mare.*

Nel terzo capo si dice, doversi riconoscere, e riferirsi, che il magnifico Torelli, avendo luogo comodo, e capace nel proprio territorio di poter edificare senza incomodo, e pregiudizio della casa di essi magnifici Jovene, abbia procurato con soverchia emulazione, accostare le nuove fabbriche, ed appartamenti così prossimi alla di loro casa, che l' ha tolto buona parte dell' aspetto del mare, e la veduta di Napoli, l' aria, e 'l lume, che anticamente detta casa godeva, con sommo danno, e pregiudizio (2).

Su

(1) I fratelli di Jovene, se la lor casa perde molto di lume, debbono portarlo in pace: e, quandochè voglian dolersi d'altrui, non del Torelli si dolgano,
16 ma di Ulpiano, che scrisse (a): *Cum eo, qui tollendo obscurat vicini aedes, quibus non serviat, nulla competit actio.*

(2) Quì si dolgono i fratelli di Jovene non della nuova fabbrica, che intende il Torelli di fare, ma della fabbrica già fatta da più anni: e per rispetto di ciò, dovrebbero dolersi di se medesimi, non del mio Cliente. Costui, nell'entrare dell'anno 1744. fece giudizialmente sapere a D. Agostino, ed a D. Giuseppe Jovene, che intendea d'inalzare rimpetto alla lor casa un grande edifizio, che già forgeva: e che essendo tra questo, e quella, frapposta una pubblica via molto più ampia di quello spazio, che le patrie Leggi richieggono, niun pregiudizio lor si recava: il perchè erano ingiuste le doglianze, che avea saputo, ch' e' ne facessero. Era corso gran tempo, e D. Agostino, e D. Giuseppe Jovene

(a) *In L. 9. ff. de serv. praed. urb.*

Su questo capo riferisco ad V. S., che il detto magnifico Torelli possiede la casa suddetta con sette moggia

vene si stavan cheti: onde il Torelli proseguì l' opera incominciata. Passati tre anni, quando l' opera era già presso a finirsi, quando vi si erano spesi intorno a 40000. ducati; e quando era morto D. Agostino, il quale, perchè Dottor di Leggi, non ignorava, che 'l Torelli avea diritto di fare quel, che faceva; D. Giuseppe, e D. Gennaro Jovene, comparendo in aliena banca, impedirono al Torelli di perfezionare l' edifizio. Anche dato, che la fabbrica fatta non si fosse potuta fare, deve oggi aversi come ben fatta. La scienza, e la taci- 17
turnità, secondo le Leggi, inducono consenso. So, che taluno ha recato in dubbio, se, trattandosi di cose pre- 18
giudiziali, si abbia a credere, che consenta, chi sa, e tace: o si richiegga, che positivamente consenta; ma so ancora, che si debbon distinguer due casi. L' uno è, quando si tratta di persone, che o per riverenza, o per altra più forte cagione non sono nella lor piena libertà: l' altro è, quando trattasi di persone, che godono della piena libertà loro. Nel primo caso, se si tratta del comodo di chi tace, e non contraddice, la taciturnità dee valere per espresso consenso, secondochè in un luogo delle Pandette insegna Ulpiano (*a*): che, se d' incomodo, e di peso si tratti, tanto è lunge, che la taciturnità sia consenso, che anzi pur dell' espresso consentimento non si tien conto nel giudicare. Nel secondo caso, cioè, quando trattasi di persone, che han pienezza d' arbitrio, qual è 'l caso nostro; o di comodo, o di peso si tratti, è sempre vero, che chi potendo contraddire, nol fa, tacendo, consente. Così insegnano il

(a) *In L. 2. §. ult. ff. sol. matrim.*

di territorio, che comprò, siccome appariſce dall' apprezzo fatto dall' iſteſſo territorio in detto ſito, e certamente ſe aveſſe edificato a fronte della ſtrada, quale dalla ſtrada Regia conduce in detto palazzo fatto da detto magnifico Torelli, niuno incomodo, nè danno avrebbe recato alla detta caſa palaziata di detti magnifici Jovene; ma perchè la caſa, che ſtava in detto territorio, che il medeſimo comprò (3), ſtava a fronte della detta cupa delle moſche, ſiccome appariſce dal detto apprezzo, per quanto io credo, il medeſimo ha fatto ivi lo ſtabilimento di formare la caſa ſuddetta, la quale, per eſſerſi ivi fabbricata, vien a ſtare ſituata avanti l'aſpetto, e proſpetto della caſa ſuddetta di eſſi magnifici Jovene, e per l'altezza della fabbrica ſuddetta fatta, l'ha tolto l'amena veduta di queſta Città, e buona parte dell'aſpetto del mare, ſiccome di ſopra ſta da me riferito, e ſpiegato: e ſe mai il detto magnifico Torelli voleſſe proſeguire la ſcala medeſima, che ha fatta per il primo appartamento, certamente, che mena ſpeſa farebbe, nè incomoderebbe altro aſpetto di mare alla detta caſa di eſſi Jovene, eſſendo

---

il Menochio (*a*), il Graziano (*b*), e preſſo che tutti i Dottori, per due belliſſimi luoghi di Ulpiano (*c*). E non è quì da omettere, che 'l ſecondo appartamento della caſa de' fratelli di Jovene non eraſi ancora fatto, quando l'edifizio del Torelli già ſi era inalzato.

(3) Si dee por mente a quel, che diceſi quì dal Manni della ragion, che moſſe il Torelli a fabbricar ſua caſa rimpetto alla caſa de' fratelli di Jovene; poichè del tutto eſclude ogni ſoſpetto di emulazione.

(*a*) *Præſumt. lib. 3. c. 65.*

(*b*) *Diſcept. c. 699.*

(*c*) *In L. 4. §. 3. ff. de fidejuſſ. tut., & in L. 2. ff. ad municip.*

ſendo il cortile di detta ſua caſa magnifico, e capace. E' vero però (4)*, che detto vuol fare due cortili, e due ſcale per dar comodo ſeparato alli detti ſuoi appartamenti. Ma ſe anche voleſſe ciò fare* (5)*, gli viene di ſom-*

(4) Se giuſta la ſoprarrecata autorità della Ruota Romana, baſta ad eſcludere l'emulazione qualunque, comechè picciola, utilità di colui, che fabbrica; come ſi può parlar d'emulazione nel caſo noſtro, in cui grandiſſima utilità reca al Torelli la nuova ſcala, ch'e' vuol fare? La cotidiana ſperienza ci moſtra, che più facilmente, e per maggior fitto ſi allogano gli appartamenti, quando ciaſcuno ha'l ſuo proprio cortile, e la ſua propria ſcala.

(5) Quinci naſce un nuovo argomento in pro del Torelli. Avendo egli già fatta molta fabbrica per inalzare la nuova ſcala, a gravi danni ſoggiacerebbe, ſe l'aveſſe a diſfare. E i fratelli di Jovene, perchè glie l'han fatta fare? perchè non la impedirono ſul bel principio? Quando il Torelli la cominciò, vedeano ben eſſi, a qual fine ſi facea. Perchè ſi tacquero? perchè, tacendo, permiſero, che 'l Torelli ſpendeſſe tanto danaro? Secondo quel, che ſi è detto del conſenſo, che induceſi per la ſcienza, e per la taciturnità, ſi dee credere, ch'e' conſentirono nella nuova fabbrica, cui avea dato cominciamento il Torelli. Nè mi dicano, ch'e' poteano, quando lor piaceva, impedirla; poichè per Legge, anche nelle coſe pregiudiziali, ſi dee ſubito contraddire, altrimenti s'induce il conſenſo, ſenzachè ci ſia luogo a pentimento. Così da' buoni Interpetri del jus Romano s'inſegna per argomento tratto da quel, che Paolo ſcriſſe nel ſeguente caſo. Un figlio di famiglia preſe danaro in preſtanza, promettendo, che 'l padre, il qual tro- 19

vavaſi

mo incomodo, e di maggiore ſpeſa, a cauſa che, per formare il ſecondo ſuo piano, è ſtato coſtretto di fare un altro

vavaſi in parte lontana, avrebbe approvato quel, ch' e' faceva. Significò poi il tutto al padre per lettera. Domanda Paolo, ſe 'l padre vuol contraddire al fatto del figlio, in quanto ſpazio di tempo il dee fare? Riſponde (*a*): *Debet pater, ſi actum filii ſui improbat, continuo conteſtationem interponere contrariae voluntatis.* Gran maraviglia mi fece, la prima volta, che leſſi queſto teſto, la parola *continuo*. E dov' è (diceva io tra me, e me) la civiltà, di cui ſon piene le Leggi Romane? Perchè porre un padre in tanta ſtrettezza di tempo? Dunque, ſe 'l padre non contraddice immantinenti, ſi dee credere, che approvi il fatto del figlio, e che per conſeguenza reſti obbligato? Molto maggior meraviglia mi fece il Cujacio, da cui quel *continuo* s' interpetra *momento*, come fu quella voce interpetrata da' Greci: e ſi ſa, quanto ſpeſſo il Cujacio per troppa paſſione, ch' ebbe pe' Greci, cadde in errore. Ma poi mi venne in mente quel, che avea letto ne' libri del Briſſonio *De V. S.*, che appreſſo i Giuriſconſulti Romani le voci *continuo*, *ſtatim*, *confeſtim*, *incontinenti*, non s' intendono mai in guiſa, ch' eſcludano qualche oneſto, e convenevole ſpazio di tempo. Deeſi dunque quel *continuo* ſpiegare ſecondo un teſto di Giuliano, il quale, eſaminando, quanto tempo ſi abbia a dare al creditore, perchè dir ſi poſſa, che abbia avuto per buono il pagamento, che gli era ſtato fatto, ſcrive (*b*): *Hoc cum quodam ſpatio temporis accipi debet.... ſpatium quoddam temporis adſumitur nec minimum, nec maximum.* Or nel caſo

(a) *In L. ſi filius 16. ff. ad SC. Maced.*
(b) *In L. ratum 13. ff. de ſolut.*

altro interfuolo, onde per lo sfabbricare della già detta fabbrica fatta, e di farvi la nuova per ascendere al detto secondo piano, gli renderebbe incomodo, nè potrebbe cavare proporzionata pigione, perchè li mancherebbero le stanze di officine, e dell'abitazione della famiglia per il pigionante di detto secondo piano.

Per le cose dette, assi a sperare, che si abbia a liberare il Torelli da quella molestia, che gli viene ingiustamente inferita, e gli si abbia a rifare tutto il danno, che glie n'è venuto.

Di Casa il dì 29. del mese di Aprile dell'anno 1757.

DE'

caso nostro, da che 'l Torelli cominciò la fabbrica per la nuova scala, fino a che non la impedirono i fratelli di Jovene, corse gran tempo, secondochè ricavasi da quel, che dice il Manni del *sommo incomodo*, e della *maggior spesa*, che dovrebbe colui sofferire, se dovesse disfarla.

DE' FEUDI.

Per D. Antonio Vincenzi, Barone della Chiapparia, contr' il Barone di Belice.

ARGOMENTO.

Che non poſſa un Vicerè render capace un figlio ſacrilego della ſucceſſion feudale.

SOMMARIO.

1 A' *Figli nati da coito dannato, per jus Civile, non ſpettano gli alimenti: ſpettano per equità Canonica.*

2 *I Vicerè non poſſono derogare alle Leggi del Sovrano.*

3 *Se 'l primo acquirente poſſa liberamente diſporre del feudo, dandogli la forma, che vuole.*

4 *Se la parola* inlegittimo, *poſſa comprendere anche il ſacrilego.*

5 *I mandati ſono di ſtretta interpetrazione, e ſe n' hanno diligentemente a cuſtodire i confini, ſpezialmente, ſe contengano atti di giuridizione.*

6 *Nelle generali conceſſioni non ſi comprendon coſe, le quali veriſimilmente non ſi ſarebbero nominatamente concedute.*

7 *Le perſone infami, e di vil condizione, non ſoglion farſi capaci della ſucceſſion feudale.*

8 *Dell' efficacia della clauſola* Alter Nos.

9 *I decreti fatti per favori, ed impegni, non si debbono far valere.*

10 *Nullo è il reſcritto ottenuto per ſurrezione, ed orrezione.*

11 *L'errore toglie il conſenſo.*

12 *La nobiltà del feudo conſiſte nella giuridizione, e nèl mero, e miſto impero.*

13 *Il legittimato non ſuccede ne' feudi nobili.*

14 *Della regola per conoſcere, quando il Principe più difficilmente avrebbe fatta la grazia:* Ved. il num. 15.

16 *I Preti non ſono capaci di acquiſtar feudi: e ſe l'acquiſtano, ſubito paſſano a beneficio de' loro proſſimi agnati:* Ved. il num. 17.

17 *Il dominio, nè meno per un momento può ſtare in ſoſpeſo.*

18 *L'erede, in quali, e quanti tempi deve eſſer capace di acquiſtare* ex teſtamento.

19 *Del modo, e degli effetti della legittimazione de' figli naturali.*

20 *Il Principe non ſuole per mezzo di reſcritto torre ad altrui il jus acquiſtato: e ſe'l toglie, ſi preſume ingannato. In due caſi può torlo.* Ved. il num. 21.

22 *In quali caſi la retrotrazione non abbia luogo.*

ALLEGAZIONE VIII.

COme ſi va talvolta da un eſtremo ad un altro! A' figli nati da coito dannato, volle Giuſtiniano, che non ſi deſſero nè meno gli alimenti (*a*): ed oggi ſi vuole, che poſſa un Vicerè render capace un figlio ſacrilego della ſucceſſion feudale. Ma, come la Canonica equità, fondata ſulla giuſtizia naturale, non fece valere 1

(a) *Auth. ex complexu, C. de inceſt. nupt.*

lere quel primo eſtremo, così l'autorità della Suprema Giunta di Sicilia non farà valere il ſecondo.

Nell'anno 1635. il Prete ſecolare D. Antonino Caſtiglione comperò per once 72000. da D. Luigi Moncada, Duca di Montalto, la Baronia di Belice, conſiſtente ne' feudi di Chibò, di Barbarigo, di Vicaretto, di Tibaroſſa, e di Chiapparia *pro ſe, ſuiſque heredibus & ſucceſſoribus in perpetuum, quibus voluerit, ſeu perſona quandocumque nominanda*. Ma perchè preſe ſopra di ſe l'obbligo di diſmettere i debiti, de' quali era quella gravata, e non ebbe poi danaro da farlo, nel dì 11. del meſe di Agoſto dell' anno 1648. chieſe, ed ottenne, che ſi poneſſe tutta ſua roba in *deputazione*. Contuttociò, pochi dì dopo, e propriamente nel dì 18. dello ſteſſo meſe di Agoſto, fece un teſtamento da uom facoltoſo. Dopo di avere iſtituito erede Paolino ſuo fratello, ed a coſtui ſoſtituiti i figli Mariano, Antonino, e Franceſco, laſciò per titolo di legato a Giuſeppe ſuo figlio ſacrilego i ſuddetti cinque feudi, col peſo di dare ad Anna, altra ſua figlia ſacrilega, maritandoſi, o monacandoſi, once 20000: e, morendo ſenza figli Giuſeppe, gli ſuſtituì il Monte della Pietà di Palermo. Diè per tutore a' figli Barnaba Giacinto Merelli: e perchè l' eſſer eſſi nati da coito dannato, non faceſſe riuſcir vana la ſua diſpoſizione, gli legittimò nel teſtamento, e pregò'l Vicerè, che in lor benefizio ſpediſſe il privilegio della legittimazione: e di là a pochi giorni ſi morì.

Paolino, e, morto lui nello ſteſſo anno, i di lui figli Mariano, Antonino, e Franceſco, preſero il poſſeſſo de' feudi, del di cui acquiſto capace non era il figlio ſacrilego del teſtatore. Nel tempo iſteſſo il tutore Merelli, ſi ſtudiò di ottenere dal Cardinal Trivulzio, Vicerè di quel tempo, il privilegio della legittimazione; e comechè ne aveſſe poi preſentata una copia, cui

ebbe

ebbe per buona il Dottor Franceſco Vitrano, arbitro eletto dal tutore, e da' figli di Paolino; nondimeno la R. G. C., a cui ricorſer coſtoro contra 'l laudo del Vitrano, non l'ebbe per autentica: onde nel dì 30. del meſe di Agoſto dell' anno 1669. profferì ſentenza: *Quod iſti de Caſtiglione* (cioè Giuſeppe, ed Anna) *pro modo declarentur incapaces, & inſucceſſibiles, ſalvis juribus, caſu quo exhibuerint privilegium legitimationis omni ſollemnitate munitum.* Il non eſſer riuſcito al tutore Merelli di preſentar copia autentica di coteſto privilegio in un tempo dalla ſpedizion di eſſo non molto lontano, è un argomento invincibile di non eſſerſi mai ottenuto.

Pur l'ottenne il ſacrilego Giuſeppe nell' anno 1670. dal Vicerè Duca di Alburquerque, e preſentatane nell' anno 1672. copia autentica, fu dalla ſteſſa R. G. C. dichiarato capace della ſucceſſion feudale. Di coteſta ſeconda ſentenza ſi richiamarono nell' anno 1680. i figli di Paolino al Tribunale del Conciſtoro; ma non vi proſeguiron poi il giudizio. Intende ora di proſeguirlo il Baron della Chiapparia D. Antonino Vincenzi, come diſcendente di Roſalia Caſtiglione, figlia di Paolino: ed ha già, non oſtante la contraddizione del Baron di Belice, diſcendente dal ſacrilego Giuſeppe, ottenuta dalla R. G. C. la *reviviſcenza* della iſtanza. Ma perchè nella preſente cauſa aſſi principalmente a giudicare della poteſtà del Vicerè (la qual coſa, quando ſi faccia per eſpreſſo ordin Reale, può men rincreſcevole riuſcire a' Magiſtrati di Palermo) è ricorſo alla Maeſtà del Sovrano, chiedendo, che al Tribunal del Conciſtoro ſi rimetta l'affare. Alla Maeſtà del Sovrano è ancora ricorſo il di lui Avverſario, chiedendo, che s' imponga alla cauſa perpetuo ſilenzio. Rimeſſi dal Re coteſti due ricorſi al Signor Vicerè di Sicilia, e da coſtui al Tribu-

bunale del Concistoro, ne sono venute fuori due *Consulte*, l'una del Presidente Airoldi, e del Giudice Capuzzo, giustificante la pretensione del Baron Vincenzi: l'altra de' Giudici Atenasio, e di Lorenzi, giustificante la pretensione dell'Avversario: e queste dal Sig. Vicerè rimesse tutte e due alla Maestà del Re, e dal Re rimesse alla Suprema Giunta di Sicilia, sono oggi la materia, sopra cui assi a deliberare. Dee dunque veder la Giunta, se ben fondata nel dritto sia la pretensione dell'uno, che vuol, che sia nulla la legittimazion del sacrilego fatta dal Vicerè, o la pretensione dell'altro, che vuol, che vaglia.

Or io brevemente dimostrerò, che nulla fu la legittimazione de' due sacrileghi Giuseppe, ed Anna Castiglione, fatta dal Vicerè, Duca di Alburquerque, perchè'l Vicerè non avea potestà di fargli per essa capaci della successiòn feudale: che fu nulla, perchè fatta per errore; e che per le particolari circostanze del caso, nulla sarebbe stata, anche, quando si fosse fatta dal Re.

CAPO I.

Il Vicerè, Duca di Alburquerque, non avea facoltà di legittimare un sacrilego, e renderlo capace della successiòn feudale.

BEn grande è la potestà di un Vicerè, come di un sommo Magistrato, che rappresenta immediatamente il Sovrano: e molto più grande, che non è oggi, fu la potestà del Vicerè della Sicilia, quando questa ai Re delle Spagne si appartenea: ma non ha mai com-

compreso il jus di legittimare un sacrilego in modo, che'l facesse capace della succession feudale: ed ecco, come agevolmente si prova.

Può, senz' alcun dubbio, il Vicerè far nuove Leggi, e derogare alle antiche, purchè queste sieno Leggi di Vicerè. Alle Leggi del Sovrano non può derogare in alcun modo: *Generalis Locumtenens*, scrive il Borrelli (*a*), *est Proreu in Regno, qui repraesentat immediate personam Regis: cujus adeo suprema est potestas, ut generalem possit Legem condere, dum tamen non sit contra Legem Principis*. Non altrimenti il Mastrilli (*b*): *Licet Proreges supremam habeant potestatem . . . . eam vero subordinatam detinent Constitutionibus, & Capitulis Regni*. E chi non sa, che non solo per lo jus comune de' feudi, il quale, dov' è ricevuto, è da aversi come Legge del Principe, ma ancora per le Leggi de' Sereniſſimi Re della Sicilia, sono esclusi i sacrileghi dalla succession feudale? E posto ciò, chi non vede, che tanto è legittimare un sacrilego, e renderlo capace della succession feudale, quanto derogare alle Leggi del Sovrano?

Che se non può'l Vicerè derogare alle Leggi generali del Sovrano, molto meno potrà derogare alla investitura feudale, ch'essendo una Legge particolare, anzi un contratto del Principe, ha più di forza, che non ha la Legge generale. Or i feudi, che comperò dal Duca di Montalto il Prete D. Antonino Castiglione, furono nell' anno 1444. conceduti dal Re Alfonso a Pietro Cardona, *ejusque heredibus, & successoribus LEGITIMIS, & NATURALIBUS de ejus corpore legiti-*

(a) *Ad Spec. Princ.* Beluc. *rubr.* 24. *v.* postremo restat *lit. A.*

(b) *De Magistrat. lib.* 5. *cap.* 6. *num.* 35.

3 *me descendentibus*. E non ostà il dire, che per lo notissimo Capitolo *Volentes*, può 'l feudatario liberamente disporre del feudo; e che può 'l primo acquirente dargli la forma, che vuole; poichè la libertà, che dassi per quel Capitolo al feudatario, gli si dà sotto la condizione, se del feudo disponga a benefizio di persona egualmente degna: e quel, che si dice del primo acquirente, si vuole intender del feudo, che si riceve immediatamente dal Principe, non di quello, che dal feudatario si trasferisce in altrui. Così Mario Cutelli (*a*): *Verbum illud in ore omnium, primum acquisitorem non ligari forma, intelligitur magis communiter de eo, qui servitiis, vel pretio a Rege acquisivit, nam si a privato emit, eadem forma ligabitur, qua venditor tenebatur*: e così ne' libri del jus feudale comune si legge (*b*): *Profecto ille, qui suum beneficium alii dat in feudum, non debet alia Lege dare, nisi qua ipse habeat*. Nè giova il soggiungere, che lo stesso Re Alfonso nell' anno 1747. ampliò la concessione, ammettendo alla successione feudale ancora i *figli*, e le *figlie inlegittime*; poichè, dato
4 ancora, che la voce *inlegittimo* possa comprendere il *sacrilego*, senza che se ne abbia a fare spezial menzione, il che da gravi Dottori, e nominatamente dal Borrelli (*c*), francamente si nega, fu cotesta ampliazione una grazia fatta al solo Pietro Cardona, ed a soli suoi discendenti, da non potersene altri valere. Le parole sono: *Attendentes ad vestra erga nos accepta servitia, ampliamus in perpetuum pro filiis, & filiabus vestris tam legitimis, quam illegitimis*. Quel *VESTRA servitia*, non va oltre la persona di Pietro Cardona: e quel

VE-

(a) *De donat. tom.* 2. *disc.* 1. *special.* 12. *num.* 510.
(b) *Feudor. lib.* 2. *tit.* 34. *de Lege Corradi*, §. 2.
(c) *De Reg. Cath. praest. cap.* 35. *num.* 11.

VESTRIS filiis, & filiabus, non va oltre i di lui discendenti: tanto è lontano, che posſa estendersi a' figli sacrileghi del Prete D. Antonino Castiglione.

Delle cose sinora dette, non ci lascia dubitare il mandato del Principe, da cui tutta dipende la potestà del Vicerè. Sono i mandati di stretta interpetrazione, onde ne' libri delle Leggi si dice, che se ne hanno *diligentemente a custodire i confini* (*a*): ed o di quanto più stretta interpetrazione, che gli altri, sono i mandati contenenti atti di giuridizione! Non si estendono essi dalle cose espresse alle non espresse nè per identità, nè per maggioranza di ragione. Secondo il jus Romano, aveano i Presidi delle Provincie la potestà del gladio, seguentemente potean condannare i rei a morte (*b*): contuttociò, non gli potean deportare (*c*). Poteano il più, non poteano il meno, perchè ne' *mandati*, onde dagl' Imperadori si dava loro la giuridizione (*d*), era espresso il più, nol meno. Giova, che quì si trascriva un bel luogo di Giacomo Cujacio (*e*): *Hic quaerere solent interpretes, quo pacto verum esse possit, quod diximus, Praesidem jus deportandi non habere, quum jus gladii habeat, & jus damnandi in metallum: & ita a minori argumentantur, quod genus argumentationis tantum valet ad affirmandum: Si Praeses jus gladii habet, & deportationis igitur: & a majori, quod valet ad negan-*

(a) *L. diligenter* 5. *ff. mand. V.* Golin. *de procurat. p.* 3. *cap.* 5. *num.* 90, *& p.* 5. *cap.* 3. *num.* 5, 6. *&c.*

(b) *L. illicitas* 6. §. 8. *de off. Praef.*

(c) *L. inter poenas* 6. §. 1. *de interd. & releg.*

(d) *L. Praeses* 3. *ff. de off. Praef.*

(e) *Ad L. si quis filio* 6. §. *ejus, qui, ff. de injust. rupt. tom.* 1. *pag.* 1081. *edit. Neap. lit. D. & E.*

gandum : Si Praeses jus deportandi non habet , multo minus damnandi in metallum . Eodem argumento quaerunt illi, cur Praeses non habeat jus confiscandi. Quibus satisfaciemus , si dixerimus , in his , quae sunt meri imperii , haec argumenta a minori , vel majori, nihil valere , quoniam ea tantum ex mero imperio sibi quis assumere potest , quae lege specialiter data sunt. Praesidi datum est jus gladii , jus damnandi in metallum , jus relegandi : jus confiscandi , vel deportandi , nulla lege datum est . Or è negli atti la Real Cedola , che dal Re Carlo II., e dalla Reina Marianna ottenne il Vicerè, Duca di Alburquerque, l'anno 1667. Quivi tutte, una ad una, si noverano le facoltà , che gli si voller concedere: e non è tra esse la facoltà di legittimare un sacrilego in modo, che contra le Leggi del Principe diveniſſe capace della succeſſion feudale. E ſi ricorre invano alla clauſola generale , che vi ſi legge : *Tanquam persona nostra , & ALTER NOS , & prout , & quemadmodum Nos faceremus , & facere possemus* . Ciaſcun sa , che
6 nelle generali concessioni non ſi comprendono coſe , le quali è veriſimile, che non ſi ſarebbero nominatamente concedute : e tra queſte , ſono certamente quelle , le quali tanto ſtraordinarie ſono , che lo ſteſſo concedente non le farebbe , od almeno non le farebbe con lode . Tal'è la legittimazione , per cui ſi fa capace un sacri-
7 lego della ſucceſſion feudale . Rari ſono gli eſempj , che ne han dati gl'iſteſſi Sovrani, tra perchè ſi fa per eſſa una certa ingiuria a tutto l' Ordine de' feudatarj , noverando tra eſſi una perſona di viliſſima condizione, ed infame (a): tra perchè ſi dà per eſſa una certa ſperanza

(a) Borrel. *de Reg. Cath. praest. cap.* 35. *num.* 6.

ranza a' padri di vedere un giorno capaci di succedere i loro figli adulterini, incestuosi, o sacrileghi: la quale speranza può fare, ch'e' meno si astengano da' coiti dannati, quandochè le Leggi, parlando de' figli naturali *tantum*, non per altra ragione permetter non vollero a' padri di lasciar loro quanto volessero, se non perchè, *vitium paternum refrenandum esse existimaverunt* (a). Il grande Antonio Fabro (b), di una tal legittimazione parlando, l'ha per cosa di mal esempio, e contraria al buon costume, quando ancor si faccia dal Sovrano: *Spurium, adulterinum, aut ex alio damnato coitu, legitimari ex rescripto Principis, mali profecto exempli est, & contra bonos mores.* Soggiunge, che, se da taluno un tal rescritto s'impetri, non deve il Senato alla bella prima eseguirlo, come quello, ch'è da presumersi estorto per male arti: *Itaque si tale rescriptum a Principe pater impetraverit, non debet Senatus voluntatem sequi Principis* (c), *praesumitur enim extortum a Principe per obreptionem, aut importunitatem, quicquid est contra jus, tit. Cod. si contra jus, vel utilit. publ.* Va più oltre il Fabro, e dice (d), che non altrimenti deve eseguirlo il Senato, che dopo iterati ordini, ed iterate minacce: *Non debet voluntatem sequi Principis, nisi toe jussionibus, & comminationibus arguatur, ut vel invitus parere habeat necesse.* E notisi, che, nel caso del Fabro, non si trattava, come nel nostro, di successione feudale.

Ma della clausola *Alter Nos*, solita d'inserirsi nelle Cedole de' Vicerè, sia interpetre lo stesso Re. Vicerè nel Regno della Sicilia era il Conte d'Alba, ed abusando 8

(a) *L. ult. C. de natural. lib.*
(b) *Cod. lib. 5. tit. 16. def. 5.*
(c) *Not. 4.*
(d) *In cit. def. 5.*

ſando coſtui della ſuddetta clauſola, derogava talvolta alle Leggi del Re. Ne 'l ripreſe aſpramente il Re Filippo II. in una ſua Real Carta del dì 8. del meſe di Aprile dell'anno 1591, dicendogli, che ſi apponea quella clauſola unicamente per fargli acquiſtare appreſſo il popolo una maggiore autorità; ma che nelle *Iſtruzioni* venivagli eſpreſſamente proibito di derogare alle Leggi del Re. Così teſtimonia il Maſtrilli (a): *Fuit declaratum per Suam Catholicam Majeſtatem per literas directas Comiti Albae, tunc Proregi, ſub die octavo Aprilis* 1591. *in* 1. *cap. ibi: Quanto a lo primiero teneſe entendido, que por tiempo havido en eſſe Reino a titulo de la authoridad, que en su privilegio ſe les da llamandolos ALTER NOS, diſpenſan a muchas coſas extraordinarias, dandole a quella palabra una intelligentia abſoluta; y avunque en vueſtra INSTRUCTION ſe dice arto claro, que la dicha clauſula ſe pone mas por authorizar en lo publico la perſona del Virei, que porque en virtud della ſe pueda diſpenſar a Pramatica, ni orden firmado de mi mano; toda via he querido tornaros a qui advertir de mi intenzion con ordenaros, que no ſe ecceda d' ella.* E pure, perchè 'l Vicerè, Duca di Alburquerque, non abuſaſſe della clauſola *Alter Nos*, uopo non era di alcuna ſegreta *Iſtruzione*. Baſtava la ſteſſa Cedola a fargli conoſcere, che la clauſola *Alter Nos*, non gli permettea di fare quel, ch' e' fece. Leggaſi la Cedola, e ſi troverà, che coteſta clauſola è riſtretta alle coſe nominatamente eſpreſſe, tra le quali non è la facoltà di render capace un ſacrilego della ſucceſſion feudale: e che, oltre le coſe nominatamente eſpreſſe, la di lui facoltà non ſi eſtende, nè meno per maggioranza di ragione; concioſiachè, dopo le coſe, che quivi ſi mentovano a nome,

(a) *Loc. cit. num.* 51.

nome, seguano queste parole: *Et omnia alia, & singula facere circa illa, ac ex illis dependentia, & emergentia in, & super praemissis omnibus, & singulis de eis dependentibus, & emergentibus, eisque quomodolibet annexis.* Quel volere, che comprenda la di lui potestà le sole cose *dipendenti*, *emergenti*, ed *annesse*, è lo stesso, che non volere, che si estenda ad atti diversi. Le cose *dipendenti*, *emergenti*, ed *annesse*, sono cose dello stesso genere: al contrario, la facoltà di render capace un sacrilego della successione feudale, è una facoltà non *dipendente*, non *emergente*, e non *annessa*, ma del tutto diversa da quelle, che sono nella *Cedola* nominatamente espresse. E ci è ancora di più nella Cedola del Re Carlo II. *Possis* (così più chiaramente si spiega la potestà data al Duca di Alburquerque) *omnem jurisdictionem civilem, ac criminalem, altam & bassam, merum, & mixtum imperium, cum omnimoda gladii potestate exercere, & exerceri facere juxta Leges, Constitutiones, Capitula, Pragmaticas, & Privilegia Regni Siciliae.* Eccolo soggetto alle Leggi, ed a' Capitoli del Regno, che incapaci dichiarano i sacrileghi della successione feudale. E perchè nuova forza aggiunga al comando Reale il sacro orrore del giuramento, soggiungesi: *Prius tamen, quam exercitio te immisceas, jurare tenearis cum omni debita solemnitate de servando Leges, Constitutiones, Capitula, Pragmaticas, Ritus, & Privilegia, bonos usus & consuetudines ipsius Regni.* E quì si noti, che non alle sole Leggi del Sovrano, ma si volle ancora soggetto ai *buoni usi*, ed alle lodevoli *consuetudini* del Regno. Prima dell'anno 1670, nel quale dal Duca di Alburquerque furono i due figli sacrileghi del Prete D. Antonino Castiglione dichiarati capaci della successione feudale, la buona usanza del Regno della Sicilia era, che i nati da non giuste nozze, si legittimassero colla espres-

sa giunta della clausola, *praeter quoad feudalia*. Si sono prodotti LIII. esempj di sì fatte legittimazioni, colla espressa giunta di quella clausola dall' anno 1647. fino al detto anno 1670. tratti tutti da' registri della Real Cancelleria. Il primo, che ruppe un sì lodevol costume, fu 'l Duca di Alburquerque, e 'l ruppe a favore di due sacrileghi. Ma non ne seguirono il pravo esempio i Vicerè successori fino all'anno 1680. In fatti, sono ne' suddetti *registri* XI. privilegj di legittimazione, spediti fino all'anno 1680. dai Vicerè successori, colla espressa giunta della clausola, *praeter quoad feudalia*; e tutti sono privilegj di legittimazione di naturali *tantum*. Nel Veceregnato del Conte di S. Stefano, si rinnovò due volte negli anni 1680, e 1683. l' esempio dato dal Duca di Alburquerque, se non che si trattava di figli naturali *tantum*. Ma dal detto anno 1683. fino all'anno 1711, nel qual tempo si spedirono XXVII. privilegj di legittimazione, si serbò costantemente l'antica disciplina del Regno. E dal detto anno 1711. fino all' anno 1766, nel qual tempo XXIII. altri privilegj di legittimazione sonosi spediti da' Vicerè, soli VI. ve ne sono, ne' quali non si eccettuano i beni feudali; cioè, quattro per figli naturali *tantum*, uno per figlio nato da uom libero, e donna maritata, ed un altro per un sacrilego, il qual si legittima *ad feuda nobilia emenda*. Ed ecco, come il Duca di Alburquerque contravvenne non solo alle Leggi de' Sereniſſimi Re della Sicilia, ma ancora alle buone usanze, ed alle lodevoli consuetudini di quel Regno. Avesse almen dissimulato l'abuso, ch' e' facea di sua potestà! Nol dissimulò: Non poteva egli ignorare, che nella Cedola gli veniva ordinato di osservare le Regie Leggi del Regno, nè poteva aver obbliato l'atto solenne, con cui alla presenza di tutti i Magistrati ne avea giurata l' osservanza. E pure nel

pri-

privilegio della legittimazione osò di dire: *De Regia auctoritate, qua fruimur, ac Regiae potestatis plenitudine Legibus absoluta, qua uti* (era da dire, *abuti*) *volumus . . . . non obstantibus, nec praejudicium facientibus quibuscumque Legibus, etiam municipalibus, Capitulis Regni, Ritibus, Constitutionibus, Pragmaticis, & Consuetudinibus . . . quibus omnibus, & singulis Regia auctoritate Legibus absoluta, qua fungimur, deliberate & consulto derogamus, & dispensamus.* Nè di ciò fu contento. Giunse anche a dire, che legittimava i due sacrileghi Giuseppe, ed Anna per impegni. Ecco, come francamente il dice: *Stantibus supplicationibus vestris, & nonnullorum REGIORUM FAMILIARIUM super hoc Nobis porrectis.* A preghiera di alcuni famigliari del Re delle Spagne, viola il Vicerè, Duca di Alburquerque, le Leggi de' Re della Sicilia, e'l giuramento, onde si era obbligato di esattamente osservarle. Qual conto è ora da tenere di cotesto privilegio di legittimazione? I decreti fatti per favori, e per impegni, non si debbono lasciar valere: *Ambitiosa decreta*, dice Ulpiano (a), *rescindi debent.*

(a) *L. ambitiosa 4. ff. de decr. ab ord. fac.*

CAPO II.

La legittimazione de' due ſacrileghi Giuſeppe, ed Anna Caſtiglione, fatta dal Vicerè, Duca di Alburquerque, fu nulla, come fatta per errore.

10 E' Maſſima indubitata di Legge, che nullo è 'l reſcritto, che dal Principe ſi è ottenuto o tacendoſi coſa, la qual non era da tacere, o ſponendoſi coſa non vera (*a*), quandochè la coſa taciuta, o falſamente ſpoſta, ſia tale, che, ſe o queſta dal Principe ſi foſſe avuta per falſa, o quella ſi foſſe ſaputa, non gli avrebbe fatto, o più difficilmente gli avrebbe fatto dar fuori il reſcritto (*b*). Nullo in coteſti caſi è 'l reſcritto per difetto di volontà, perchè, tacendoſi coſa, che non è da tacere, o ſponendoſi coſa non vera, ſi fa cadere il
11 Principe in errore: e ſi sa, che l' errore toglie il conſenſo (*c*).

Or ecco quel, che nel memoriale dato al Vicerè ſi tacque, e non era da tacere. Si chieſe la legittimazione per acquiſtare la capacità della ſucceſſion feudale, e la capacità della feudal ſucceſſione fu data dal Duca di Alburquerque. Ma ſi tacque, che i feudi, la cui
12 capacità ſi chiedeva, erano nobili; cioè, colla giuridizione,

(a) *Cap. ſuper litteris* 20. *de reſcript. & ibi DD.*

(b) *V. Compend. Rot. Rom. v.* obreptio, *& v.* ſubreptio.

(c) *L. ſi per errorem* 15. *ff. de juriſd. L. nihil* 116. §. *ult. de reg. jur.*

zione, e col mero, e misto imperio, nella qual prerogativa la nobiltà del feudo consiste (*a*): e la legittima- 13
zione si fece colla general clausola, *etiam in feudalibus*, la qual non comprende i feudi nobili: *Legitimatus*, così, dopo il Baldo, l'Isernia, ed altri, scrive il Freccia (*b*), *ut ad feuda succedere possit, non succedit in feudo nobili*. Se si fosse detto, che nobili erano i feudi, più difficilmente ne avrebbe il Vicerè fatto capace un sacrilego. La regola da conoscere, quando il Principe 14
più difficilmente avrebbe fatta la grazia, ci vien data dal nostro Afflitto, ed è questa (*c*): *Si Princeps fuit consuetus illa facere, non dicitur difficilius: si autem non est consuetus, dicitur difficilius.* Or dell'esser men solito il Principe di legittimare *ad feuda nobilia*, che di legittimare semplicemente *ad feudalia*, fa pruova il diverso numero delle legittimazioni di questo, e di quel genere fatte da' Vicerè della Sicilia. Delle legittimazioni di questo secondo genere, più esempj ne ho io recati dall'anno 1670. fino all'anno 1766: al contrario, delle legittimazioni di quel primo, appena un solo ce ne danno i *registri* del tempo frapposto tra i due suddetti anni. Oltracciò, non altronde, che dall'essere il 15
Principe men solito di legittimare, facendo il legittimato capace del mero, e misto imperio, è nata la dottrina del Baldo, dell'Isernia, e del Freccia. In fatti, essendosi nella R. Camera della Sommaria dubitato, se un legittimato dal Re colla espressa capacità della succes-

(a) Chassan. *consil.* 64. *num.* 6, Tiraquel. *de nobilit. cap.* 7. *num.* 2. Borcholt. *de feud. cap.* 4. Guido Papa *decis.* 385.

(b) *De subfeud. lib.* 2. *tit. Differentiae int. feud. Regal. &c. dist.* 13. *p. m.* 250.

(c) *Decis.* 116. *num.* 4.

ceſſion feudale, capace ancor ſoſſe di ſuccedere ne' feudi di dignità, dice il Revertera (*a*), che fu deciſo, che no, e non per altra ragione, ſe non perchè quel Principe, il quale con minor difficoltà legittima ſemplicemente *ad feudalia* un naturale, *ad habilitandum naturalem, ut in feudis dignitatum ſuccedere poſſit, ſe difficiliorem reddit.*

Ecco ora quel, che ſi eſpoſe, e vero non era. Si eſpoſe, che *ſi cominciò a ſpedire il Privilegio della legittimazione, il quale fu firmato dall' Eminentiſs. Cardinal Trivulzio, allora Luogotenente nel Regno, ed in conſeguenza ſi ſupponea, che foſſe ſtato firmato dalli Miniſtri, che dovean prima firmarlo:* e che *la detta firma coſtava per fede di pagamento delle ragioni di eſſa a' 17. Decembre 1648.* Si diè per certa la ſoſcrizione del Cardinal Trivulzio, e ſe ne fece naſcer la pruova dal pagamento *delle ragioni di eſſa.* Ma, comechè potrebbe dirſi, che veriſimilmente feceſi il pagamento prima della ſoſcrizione, conciofiachè ſimili pagamenti prima ſi ſoglian fare, e che perciò ben potè farſi il pagamento per la ſperata ſoſcrizione, e queſta poi non ſeguire; contuttociò, non oſerei di dichiarar falſa coteſta aſſertiva, ſe falſo non foſſe quel, che ſi ſoggiunſe; cioè, che, *dovendoſi il detto Privilegio regiſtrare, e ſigillare, ſi preteſe dal R. Fiſco, e dagli Officiali, e Miniſtri, che le ragioni per la detta legittimazione ad eſſi ſpettanti, foſſero habito reſpectu al valore di tutti li ſuddetti feudi, ſenza dedurne l' aes alienum: &, econtra, dal ſuttore ſi preteſe doverſi dedurre l' aes alienum, e ſopra di quello, che reſtava di netto per l' eſponenti, pagarſi dette ragioni, e ſopra i frutti di detti feudi ſecondo la petizione ſuddetta, della quale pretenſione ne fu formato*

nel

(a) *Deciſ.* 118.

nel Tribunale del Real Patrimonio litigio. Questo sì, ch' è falso. Fa fede il Mastro Notaro del Tribunale del Real Patrimonio, che, avendo *con tutta la diligenza osservate le scritture pendenti degli anni* 1648, *e* 1649. *non vi avea trovata scrittura pendente con D. Barnaba Giacinto Merelli, tutore di D. Giuseppe, e D. Anna Castiglione, fratello, e sorella, figli spurj del Sacerdote D. Antonino Castiglione*. Oltracciò, si aggiunse cosa del tutto contraria; cioè, che, *oltre la suddetta firma di S. E. si vedea, che alcuni Secretarj, ed Officiali, aveano ceduto il loro jus di dette ragioni a Caterina Ventimiglia, persona sommessa dall' Ill. D. Laurea Merelli, olim moglie di detto tutore, e si supponea, che detti Secretarj, ed Officiali, avessero ricevuto somme di danari tra loro concertate, benchè non appariste per detti atti di cessione, ficchè dalle precalendate scritture, ed atti, non si potea dubitare di detto Privilegio; tanto maggiormente, che l' esponenti teneano copia di quello, benchè non originale, nè autentica*. Erasi detto, che per la lite nata tra 'l tutore, e gli Uffiziali, e Ministri, non erasi il Privilegio nè suggellato, nè registrato. E come potean costoro cedere altrui il *jus di dette ragioni*? La cessione dovea supporre il jus acquistato, e cotesto jus non prima acquistavasi, che si fosse suggellato, e registrato il Privilegio: e come il suggello, così mancava ancora il registro nell' anno 1670. Finalmente, se fosse stato vero, che nell' anno 1648. era stato da' Ministri, e dal Vicerè sottoscritto il Privilegio, e che per la lite nata circa la maggiore, o minor quantità, che aveasi a pagare, non erasi suggellato, e registrato; non è verisimile, ch' essendo non difficile a comporsi la suddetta lite (giacchè, doveva esservi la *pandetta* de' diritti delle legittimazioni, e più esempj n' erano preceduti) lasciasse il tutore correr tanti anni, e tanto in

lungo

lungo menasse per un vile interesse il considerabile acquisto, ch' avrebber fatto i pupilli, e dopo di aver litigato co' figli di Paolino, non senza una qualche spesa, dinanzi all' arbitro Vetrani, e poi nella R. G. C. facesse profferir la sentenza: *Isti de Castiglione declarentur incapaces, & insuccessibiles:* Falsa è dunque tutta l' assertiva del memoriale dato al Duca di Alburquerque, e come i due sacrileghi per più facilmente ottenere nel detto anno 1670. il privilegio della legittimazione, allegarono il falso motivo, che *la grazia di detta legittimazione era già fatta, ed al Privilegio non mancò altro, che 'l registro, ed il sigillo impediti per il suddetto litigio tra 'l Fisco, Offiziali, e 'l tutore*, così su questo falso motivo il Vicere facilmente loro il concesse, credendo di confermar cosa già fatta, non già di far loro una grazia del tutto nuova: grazia, che, non essendovene, come ho dimostrato, alcun esempio, o non mai, o più difficilmente avrebbe fatta. Ciascuno intende, ch' è più difficil cosa dare il primo esempio, che seguire l' esempio già dato.

CA-

CAPO III.

La legittimazione de' due figli ſacrileghi del Prete D. Antonino Caſtiglione, per le particolari circoſtanze del caſo, ſarebbe ſtata nulla, anche quando ſi foſſe fatta dal Re.

SE quel, che o ſi tacque, o falſamente ſi eſpreſſe nel memoriale dato al Vicerè, ſi foſſe o taciuto, o falſamente eſpreſſo in un memoriale dato al Re, nulla ancora ſarebbe ſtata la legittimazione de' figli ſacrileghi del Prete D. Antonino Caſtiglione, perchè, ſebbene aveſſe il Re potuto fare quel, che il Vicerè non potea, nondimeno anche il Re o non mai, o più difficilmente l'avrebbe fatto.

Ma per altre particolari circoſtanze del caſo, non l'avrebbe lo ſteſſo Re potuto fare. Comperò, ſecondochè ſi è detto, il Prete D. Antonino, la Baronia di Belice per se, pe' ſuoi eredi, e ſucceſſori, o per perſona nominanda. Or poſto, che la diſpoſizion fatta nel teſtamento a benefizio del figlio ſacrilego, poteſſe valere per nomina, queſta al ſacrilego giovar non potea nè poco, nè punto, tra perchè, come non ancor legittimato, capace di acquiſtar feudi non era; tra ancora, perchè ſin dal tempo della compra, nel qual tempo non era egli nato, e ſeguentemente eſſer non potea nella mente del padre, eraſi quella Baronia acquiſtata ad altrui. Tuttochè 'l Prete D. Antonino aveſſe detto, 16
che la comperava per se, a se non potè mai acquiſtarla, perchè, ſecondo il jus feudale comune, e le Leggi

particolari della Sicilia, essendo Prete, capace non era
17 di acquistar feudi: onde, perchè 'l dominio nè meno per un momento può star sospeso, e, come Accursio diceva, *in aere* (*a*), ne dovette necessariamente seguire, che, com' e' fece la compera della Baronia di Belice, questa, per potestà di Legge, si acquistò subito a' prossimi agnati, quali erano Clemente, e Paolino Castiglione suoi fratelli: onde, sebbene l' avesse comperata *pro se, suisque heredibus, & successoribus, seu persona nominanda*, per la regola legale, che l'utile non si vizia per l'inutile (*b*), si verificò la compera pe' soli *successori*; cioè, per Clemente, e Paolino: e sarebbesi ancora verificata *pro persona nominanda*, se persona capace di acquistar feudi si fosse allora nominata. E che, oltre cotesto necessario effetto di Legge, avesse il Prete D. Antonino voluto acquistarla pe' suoi agnati, non oscuramente raccoglies da due fatti degli anni 1642, e 1643, ne' quali nè meno erano ancora nati Giuseppe, ed Anna, onde non gli poteano essere in mente. Nell' anno 1642. alla Principessa di Roccafiorita, creditrice del Duca di Montalto sulla Baronia di Belice, si pagarono alcune somme dal Prete D. Antonino, e dal fratello: e nell' anno 1643. vendè D. Antonino a D. Geronimo Gravina col patto della ricompera un territorio della Baronia di Belice, detto *Rabicaldo*: e per la indennità del compratore, in caso di evizione, fece obbligare il fratello, e i figli *in casu successionis bonorum feudalium dictorum de Castiglione*, tra' quali, specialmente nominò la Baronia di Belice, come in fatti si obbligaron costoro,

(a) Molin. *de primog. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 10, *& lib.* 3. *cap.* 10. *num.* 6, *& cap.* 12. *num.* 20.

(b) *L.* 1. §. *Trebatius* 18. *ff. de aq. quot. & L. sancimus* 34. *C. de donat.*

Roro, ratificando nello ſteſſo anno l'iſtrumento della vendita.

Che ſe nel tempo della compera non ſi acquiſtò la Baronia di Belice a' fratelli del Prete D. Antonino, certamente a Paolino, da lui ſcritto erede, ſi acquiſtò dopo la di lui morte, nulla oſtante la diſpoſizione, che ne avea fatta nel teſtamento a benefizio del ſacrilego Giuſeppe. Coſtui, non ſolo nel tempo del teſtamento, 18
ma nel tempo ancora della morte del teſtatore (ne' quali tempi avrebbe dovuto eſſer capace di acquiſtare *ex teſtamento* (*a*)) capace non era, come non ancor legittimato, nè del corpo, nè della eſtimazion de' feudi. La legittimazione di lui fatta dal padre nel teſta- 19
mento, non baſtava a rendernelo capace, ma ſolamente operava, che 'l Principe, in viſta del teſtamento, dubitar non doveſſe della di lui *filiazione*: e, ſecondando il deſiderio del padre, più volentieri ſi diſponeſſe a legittimarlo, ed a farlo capace della paterna eredità: ſe non che tanto, ſecondo le regole legali, poteva operare la legittimazion fatta nel teſtamento di un figlio naturale *tantum* (*b*), non di un ſacrilego, che, dagli alimenti in fuori, altro non può ſperare ſulla roba paterna. Poſta dunque l'incapacità di Giuſeppe, i feudi, che paſsano come ſaetta, morto appena il teſtatore, ſi acquiſtarono all'erede Paolino: e, morto coſtui nello ſteſso anno, paſsarono al primogenito Mariano, nella cui perſona, il jus dal padre traſmeſso, nuova forza acquiſtò per lo fatto dell'uomo. Ben conoſcendo il tutore de' due ſacrileghi l'inſuſſiſtenza del laudo profferito dall'arbitro Vitrano, procurò d'indurre Mariano ad una oneſta tranſazione; e gli riuſcì felicemente il diſe-

(a) *Arg. §. in extraneis 4. Inſt. de her. qualit.*
(b) *Auth. item ſine, C. de nat. lib.*

gno. Nel dì 15. del mese di Giugno dell' anno 1650. col consiglio de' giurisconsulti Emmánuele, Dominici, e Magretti, fecesi la transazione, in virtù di cui per once 400, che si sarebbero in ciascun anno pagate a Giuseppe, ed Anna, si cedè la successíon feudale a Mariano Castiglione: e, comechè Giuseppe fosse minore, quando cotesta transazione si fece, nondimeno nell'anno 1664, quando era già divenuto maggiore, la ratificò per un pubblico istrumento, e per più anni in appresso ne pretese, e ne ottenne l'esecuzione. Per nuovi accidenti poi, a nuova lite si venne; e nell'anno 1669. ottenne Mariano dalla R. G. C. la già trascritta sentenza: *Isti de Castiglione* (Giuseppe, ed Anna) *declarentur incapaces, & insuccessibiles*. Ma, perchè sustituito al sacrilego Giuseppe era il Monte della Pietà, con questo ancora venne Mariano a transazione, per cui ritenne la successíon feudale, obbligandosi di dare al Monte la metà della rendita: e finalmente dopo tanti atti, fu dalla R. G. C. dato a Mariano il possesso de' feudi. E come potea meglio acquistarsi dagli agnati, ed eredi del Prete D. Antonino il jus sulla Baronia di Belice?

E se tutte coteste cose si fossero nell' anno 1670. fedelmente esposte al Duca di Alburquerque, avrebbe legittimati, come fece, i due sacrileghi Giuseppe, ed Anna? No di certo. Non gli avrebbe legittimati lo stesso Re. La legittimazione è un benefizio, che 'l Principe fa, *nec in cujusquam injuriam beneficia tribuere, moris est nostri*, così risposero gl' Imperadori Diocleziano, e Massimiano (*a*): e così avrebbe ai due sacrileghi risposto il Re. Che, se avvien mai, che 'l Principe tolga altrui per un rescritto il jus acquistato, nulla

(a) *L. 4. C. de emancip. liber.*

la ostanti le potentissime clausole, *motu proprio* = *ex certa scientia* = *de plenitudine potestatis*, od altre simiglianti; si presume allora, che sia stato ingannato (*a*): e cotesta prefunzione, a giudizio del Fagnani (*b*), è sì forte, che non dà luogo a pruova in contrario. In due soli casi può 'l Principe torre altrui il jus acquistato, 21
od in pena, od in virtù del dominio *eminente*, il quale fondato è tutto nella pubblica causa. Così dagli Scrittori del jus pubblico comunemente s' insegna, e nominatamente dal Grozio, che scrive (*c*): *Hoc quoque sciendum est, posse subditis jus etiam quaesitum auferri per Regem duplici modo, aut in poenam, aut ex vi supereminentis dominii, sed ut id fiat ex vi supereminentis dominii, primum quaeritur utilitas publica: deinde ut, si fieri potest, compensatio fiat ei, qui suum amisit, ex communi.*

Nè si può dire, che, posta la preordinazione paterna, la legittimazione, tuttochè fatta dopo la morte, sarebbe da aversi in virtù di legal retrotrazione, come fatta nel tempo del testamento; poichè, dove concorro- 22.
no da una parte il *jus quaerendum*, e da un' altra il *jus quaesitum*, non può mai la legal retrotrazione aver luogo in pregiudizio di questo secondo, ed in favor di quel primo. Egli è questa una massima indubitata appresso i Dottori, ed è acconciamente tratta da un bel luogo del jus Canonico. Avea Papa Bonifazio VIII. conferito ad uno un Canonicato, sotto la condizione, se vi consentisse il Vescovo, e 'l Capitolo della Chiesa: indi, pendente la detta condizione, il conferì puramente ad un altro; e si verificò poi la condizione apposta alla

(a) Fab. *in Cod. lib.* 1. *tit.* 12. *def.* 1. Rot. Rom. *p.* 8. *rec. dec.* 4. *num.* 1.

(b) *In cap. consultationibus 6. de Cler. aegrot. num.* 57.

(c) *De jure bel. lib.* 2. *cap.* 14. §. 7.

alla prima collazione. Nata lite tra 'l primo, e 'l secondo, a favor del secondo la deciſe il Papa (*a*), perchè concorreva a favor del primo il *jus quaerendum*, ed a favor del ſecondo il *jus quaeſitum*. Così Giambatiſta Coſta (*b*): *Gratia prima fuit uni conceſſa ſub conditione, ſi ad id accederet conſenſus Epiſcopi, & Capituli: demum de eodem Canonicatu per eundem Pontificem fuit facta conceſſio alteri pure. Deciditur, quod ſecunda gratia praefertur, licet poſt conceſſionem ipſius ſupervenerit conſenſus Epiſcopi, & Capituli, qui praeterea non retrotrahitur, quia effectus primae gratiae per talem conditionem fuerat ſuſpenſus, & pendente adimplemento emanavit ſecunda gratia, per quam fuit jus quaeſitum ſecundo, quod jus non poteſt tolli per ſubſequens adimplementum conditionis in prima gratia inſertae*. La preordinazione paterna faceva acquiſtare a' ſacrileghi non altro, che un *jus in ſpe*; cioè, la ſperanza della grazia del Principe; ma la Legge avea fatto acquiſtare a Paolino, ed a' figli un certo, ed invariabile *jus in re*.

Ho ſinora parlato del jus al terzo acquiſtato ſulla Baronia di Belice per la incapacità così del Prete D. Antonino ſin dal tempo della compera, come de' due ſacrileghi ne' tempi del di lui teſtamento, e della morte. Ma ve n' era anche un altro naſcente altronde. Laſciò D. Antonino Caſtiglione al ſuo figlio ſacrilego, oltre i cinque feudi della Baronia di Belice, i feudi ancora di Recattivi, e di Manchi. Or è da ſapere, che 'l feudo di Recattivi, e gli altri della ſuddetta Baronia, furono comprati con danaro comune a lui, ed a Clemente ſuo fratello, tra' quali era una perfetta univerſale ſocietà, di cui fan fede moltiſſime polize di più

(a) *Cap. ſi pro te 13. de reſcript. in 6.*
(b) *De retrotract. cap. 7. num. 5.*

più anni, raccolte in due *transunti* fatti ad istanza del Principe di Castelnovo nell' anno 1662, e più partite *di tavola*, e non pochi istrumenti: che 'l feudo di Manchi fu dal solo Clemente, e con suo proprio danaro comprato nell' anno 1624; e che finalmente del detto Clemente eredi furono Mariano, Antonino, e Francesco, e di costoro è oggi erede il Barone D. Antonino Vincenzi. Queste cose non si esposero al Duca di Alburquerque, e se al Re stesso, non che ad un Vicerè, si fossero esposte, come quelle, che avrebber fatto chiaramente conoscere l'interesse del terzo, avrebber fatto, che o non si fosse, o molto più difficilmente spedito si fosse il privilegio della legittimazione.

Molto più di quel, che ho scritto, avrei voluto scrivere in giustificazione dell' azion dedotta dal mio Cliente, e duolmi di non averlo potuto fare. Quattro altre cause, che in questo istesso mese si hanno a decidere, me ne han fatto mancare il tempo. Ma perchè me ne ho io a dolere? Nelle cause giuste, qual' è quella, il poco anche basta.

Di Casa nel dì 20. del mese di Agosto dell'anno 1770.

Per

Per le figlie pupille del defunto D. Saverio Terralavoro.

ARGOMENTO.

Quando un corpo di natura burgenſatica divenga feudale. Quando abbia luogo la preſcrizion tricennale. E quando ſi preſuma la feudalità.

SOMMARIO.

1 *LA vera qualità dell' origine, e la natura delle coſe, per effetto dell' errore non ſi perde.*

2 *Il feudo non altrimenti ſi coſtituiſce, che per l' inveſtitura.*

3 *Il feudo non altro è, che un contratto tra 'l Principe, e 'l vaſſallo:* Ved. il num. ſeg.

4 *Senza la volontà del Principe, non può mai un corpo diventar feudale.*

5 *L' aſſenſo dal Principe dato all' alienazione, od alla ipoteca di un corpo burgenſatico, non opera, che 'l corpo da burgenſatico divenga feudale:* Ved. il num. 6.

7 *Se preſtandoſi il ſervigio feudale per anni 30. acquiſti il Principe il jus del vaſſallaggio, e 'l dominio diretto del corpo, e queſto la qualità feudale:* Ved. i num. ſeg. e *'l* num. 15. e 20.

8 *Si ſpone il Capitolo* Si quis per triginta, tit. de praeſcript. feudi longiſſima: *Ved. i num. ſeg.*

9 *Si ſpone la Coſtituzione di Federigo II.* Conſuetudinem pravam, tit. de rei act. & except. *Ved. i num. ſeg.*

13 *An-*

13 *La prescrizione, anche nella materia feudale, si regola colle Leggi del jus Canonico, e del Regno.*

14 *La prescrizione tricennale, chiamasi presunta investitura, la quale ha luogo, dove il servigio siasi prestato al Sovrano, non già al Vicerè:* Ved. il num. 15.

16 *La pruova presuntiva della feudalità, deve cedere alla pruova concludente della natura burgensatica:* Ved. i num. seg.

17 *Il pagamento del rilevio, fa presumere la feudalità, purchè tal pagamento non siasi fatto per errore:* Ved. i num. 21. 22. 23. e 24.

24 *La parola* Castrum, *dà indizio di feudalità.*

25 *Se per effetto della prescrizion tricennale, il corpo burgensatico è divenuto feudale, tale prescrizione non nuoce al terzo, che vien chiamato* ex providentia *del concedente, o del fedecommettente.*

26 *La prescrizione tricennale, o la presunta investitura, fu introdotta in pena della negligenza del feudatario.*

27 *Dell' azione, che si dà per la indebita esazione.*

28 *I beni delle Chiese si presumono anzi burgensatici, che feudali.*

ALLEGAZIONE IX.

DA' Tavolarj del S. Consiglio Berardino Ottajano, e Pietro di Marino, furono negli anni 1642, e 1644. apprezzati, come feudali, XII. corpi del Casale di Teverola, e dal patrimonio di Nicola, e di Giambattista di Franco, dedotto nel S. Consiglio, come feudali venduti ad Andrea Terralavoro nel detto anno 1644. Tre anni dopo, avendo Andrea scoverto, che burgensatici erano alcuni di essi, se ne dolse immediatamente presso gli atti del patrimonio: e lo stesso fece di là ad alquanti anni il di lui figlio Alfonso, come scoprì, che

gli altri ancora erano burgenſatici. Su queſta petizione ſi diè termine, e tutte ſi preſentaron le carte de' particolari acquiſti di eſſi: onde, ſeguita la devoluzione di Teverola, e portatiſi ſulla faccia del luogo il Signor Preſidente D. Gennaro di Ferdinando Commeſſario della cauſa, e 'l Preſidente, ed Avvocato Fiſcale D. Giovanni Ferrari, di onoratiſſima ricordanza, per la ſeparazione de' corpi feudali da' burgenſatici, credeva io per fermo, che niun diritto vantar poteſſe il R. Fiſco ſopra coteſti XII. corpi. Ma m' ingannai. L' Avvocato Fiſcale, niun conto tenendo delle carte degli acquiſti particolari, fece iſtanza, che ſi dichiaraſſero feudali: e la R. Camera della Sommaria nel dì 11. del meſe di Febbrajo del diſcorrente anno 1773, a tenore della iſtanza fiſcale, ha dichiarato, *omnia corpora, & jura exiſtentia in Caſali Tuberolae, appretiata uti feudalia, & uti feudalia denunciata in releviis Baronum reſpective defunctorum, eſſe feudalia, & uti feudalia habenda & reputanda eſſe*: contr' al qual decreto, ſi è prodotta a nome delle figlie pupille del defunto D. Saverio Terralavoro, la reſtituzione *in integrum*, a cui per chiare ed eſpreſſe diſpoſizioni di Leggi, per comun ſentimento di Dottori, e per più eſempj di coſe giudicate, aſſi certamente a deferire.

E per quel, che ſi appartiene alle diſpoſizioni delle Leggi, poichè le carte, che ſi ſono preſentate de' particolari acquiſti di coteſti XII. corpi, non ci laſcian dubitare della originaria qualità burgenſatica, è chiaro, che per lo fatto de' venditori, degli apprezzatori, e de' compratori di eſſi, non poteano mutar natura. Ne' libri del Roman dritto, al quale anche nelle feudali controverſie ſi ricorre, quandochè manchi il jus feudale, 1 io leggo (a): *Veritas rerum erroribus geſtarum non vitia-*

(a) *L. illicitas 6. §. 1. de off. Praeſ.*

ziatur. Vi leggo ancora (*a*): *Adſumtio originis, quae non eſt, veritatem naturae non perimit: errore enim veritas originis non amittitur, nec mendacio dicentis deponitur*. I venditori, gli apprezzatori, e i compratori di eſſi, per errore gli ebbero per feudali; ma le falſe loro opinioni, nulla potean valere contra la verità dell'origine. Oltracciò, ne' libri del jus feudale io leggo, che 'l 2. feudo non altrimenti ſi coſtituiſce, che per la inveſtitura (*b*): *Sciendum eſt, feudum ſine inveſtitura nullo modo conſtitui poſſe*: e la inveſtitura nel noſtro Regno ſi dà dal ſolo Principe. Leggo appreſſo i Feudiſti, eſſere 3. il feudo non altro, che un contratto tra 'l Principe, e 'l vaſſallo, in virtù di cui trasferiſce il Principe nel vaſſallo il dominio utile, e 'l vaſſallo gli promette fedeltà. Quinci ſegue, che, ſenza la volontà del Principe, 4. non può mai un corpo diventar feudale. In un caſo al noſtro ſimigliantiſſimo, così ſcriſſe il dotto Eraſmo de Ponte (*c*): *Feudi conceſſio eſt contractus ultro citroque obligatorius, datur enim feudum gratia utriuſque, ſcilicet, ut vaſſallus fruatur beneficio, & domino fidelitatem praeſtet; igitur abſque Domini voluntate feudum conſtitui nequit, contractus enim duorum voluntate conſtituuntur*. Dunque, poichè i XII. corpi, de' quali ſi diſputa, da' venditori di Teverola furon prima della vendita acquiſtati per contratti fatti non col Principe, ma co' privati, che non poteano dar loro la qualità feudale, ſono ſenza alcun dubbio da dichiararſi burgenſatici.

Ma come feudali furon apprezzati, e venduti, e la vendita, che con tal qualità di eſſi ſi fece ad An-

(a) *L. adſumtio 6. ad municip.*
(b) *Feudor. lib. 1. tit. 25.*
(c) *Apud* de Marinis, *alleg. 115. num. 5.*

drea Terralavoro, feceſi col Reg. aſſenſo: ſeguentemente vi fu la volontà del Principe.

Queſto preteſe ne' tempi di Rovito un Avvocato Fiſcale nella cauſa tra Fabrizio Caraſa, Abate di S. Maria di Ferrara, e la Ducheſſa d' Andria: e 'l Rovito coll' autorità di Andrea d' Iſernia, e del Reggente de Ponte, provò (*a*): che *praeſumtio ex impetratione aſſenſus, nullam penitus arguit feudalitatem*. Queſto iſteſſo preteſe ancora ne' tempi del ſuddetto Eraſmo de Ponte un altro Avvocato Fiſcale nella cauſa di Veſpaſiano del Balzo, poſſeſſore del feudo degli Schiavi: e per l' autorità del Camerario, del Preſidente de Franchis, e de' Reggenti de Ponte, e Capecelatro, quel dotto Scrittore provò (*b*), che *aſſenſus impetratio ſuper diſtractione, aut hypotheca alicujus rei tamquam feudalis, non arguit voluntatem Domini, ut illa res teneatur in feudum, ſed tollit ſolummodo obſtaculum Legis prohibentis feudum ſine Domini conſenſu alienari, aut obligari*. E non contento dell'autorità de' Dottori, ſoggiunſe (*c*) le ſeguenti ragioni acconciamente tratte dal ſeno della giuriſprudenza. Quando il Principe dà l'aſſenſo all'alienazione, od alla ipoteca di una qualche coſa, che ſi aſſeriſce feudale, non n' eſamina la qualità, ma ſolamente conferma il contratto, e, confermandolo nella forma comune, nulla diſpone, e nulla concede di nuovo: *Certum eſt, quod ubi Dominus concedit aſſenſum ſuper alienatione, ſive obligatione alicujus rei, quae adſeritur feudalis, non cognoſcit, nec inquirit de feudali qualitate, ſed confirmat contractum, quatenus rite procedit: quae confirmatio, quum ſit in forma communi, habet vim confirmativam, non*

(a) *Conſil. 26. num. 4. lib. 2.*
(b) *Num. 6.*
(c) *Num. 7, & 8.*

non diſpoſitivam, ut dicit Montanus in cap. Imperialem, §. praeterea, *num.* 38. *lit. V.*, *cujus doctrinam probat Dom. Capyc. Latr. dec.* 43. *num.* 13; *& Dominus, praeſtando aſsenſum, non intelligitur aliquid de novo concedere, ſed tollere dumtaxat obſtaculum, quatenus adſit*. L'atto non può mai operare oltre l' intenzion di coloro, che'l fanno: e certamente il Principe, dando l'aſſenſo all' alienazione, od alla ipoteca di una qualche coſa, non intende di darle la qualità feudale, che non ha: *Actus agentium non operantur ultra eorum intentionem*, *L. non omnis*, *ff. ſi cert. pet.*. *Dominus autem, praeſtando aſsenſum, nec quidem cogitavit feudalem qualitatem tribuere. Igitur ex praeſtatione aſsenſus, minus recte deducitur rem eſſe feudalem*. Se l' aſſenſo, che dà'l Principe all'alienazione, od alla ipoteca di una qualche coſa, baſtaſſe a farla diventar feudale, farebbe nella poteſtà de' contraenti coſtituire un feudo, aſſerendo eſſer feudale la coſa, che ſi vende, o ſi obbliga: impetrando ſulla vendita, o ſulla ipoteca l' aſſenſo, e facendolo regiſtrare ne' quinternioni della R. Camera: il che ſarebbe un aſſurdo: *Si aliter diceremus, utique eſſet in poteſtate contrahentium feudum conſtituere adſerendo rem aliquam eſſe feudalem, & ſuper illius venditione, aut obligatione aſsenſum impetrando, illumque regiſtrando in quinternionibus Regiae Camerae: quod eſſet abſurdum*. A tutto ciò ſi vuole aggiungere, che, ſe l'aſſenſo dato 6
alla vendita valeſſe per inveſtitura, ſi eſtenderebbe da coſa a coſa, contra la ſua natura eſcluſiva di qualunque eſtenſione (*a*); e ſi eſtenderebbe dal meno al più, conciofiachè colla inveſtitura trasferiſca il Principe nel vaſſallo l' utile dominio, ed aſsentendo alla vendita, ſolamente permetta, che'l venditore trasferiſca nel compratore

(a) De Ponte *de pot. Proreg. tit.* 6. *num.* 42.

tore quel jus, ch'era ſtato dal Principe in lui trasferito (*a*).

7 Ma ci è teſto del jus feudale comune (*b*), e tra le Leggi feudali del Regno ci è una Coſtituzione dell' Imperador Federigo II. (*c*), in virtù di cui, denunciandoſi ne' rilevj un corpo come feudale, tuttochè tal non ſia, e, preſtandoſi al Principe il ſervigio di feudatario per lo ſpazio di 30. anni, acquiſta il Principe a titolo di preſcrizione il *jus del vaſſallaggio*, come parla Camillo de Curte (*d*), e 'l dominio diretto del corpo, e 8 queſto la qualità feudale. Le parole del teſto del jus feudale comune, ſono: *Si quis per triginta annos, rem aliquam ut feudum poſſedit, & ſervitium Domino exhibuerit, quamvis de ea re non ſit inveſtitus, praeſcriptione tamen triginta annorum ſe tueri poteſt.* Le parole della 9 Coſtituzion di Federigo, ſono: *Praecipimus, eum, qui in poſterum triginta annis feudum integrum, vel quotam partem feudi, de quo certum, & deſignatum ſervitium noſtrae Curiae, vel cuilibet alii debeatur, continue, & ſine interruptione civilis, vel naturalis temporis, vel minoris aetatis adverſarii, praeſente etiam in Regno adverſario ſuo, poſſederit, in perpetuum fore ſecurum.* Or ſino a' tempi a noi vicini ſi ſono coteſti XII. corpi denunciati come feudali, e ſi ſono per eſſi pagati al R. Fiſco i rilevj da' ſucceſſori di Andrea Terralavoro.

Queſta fu la grande oppoſizione, che nel tempo dell'

(a) De Ponte *de pot. Proreg. tit.* 8. §. 3. *num.* 14.

(b) *Cap.* ſi quis per triginta, *tit. de praeſcriptione feudi longiſſima*. Sotto queſto titolo è poſto nella edizione del Cujacio.

(c) *Conſt.* Conſuetudinem pravam, *tit. de rei actione, & exceptione*.

(d) *Diverſ. jur. feud. num.* 141.

dell'acceſſo mi fece il Preſidente, ed Avvocato Fiſcale D. Giovanni Ferrari. Io gli riſpoſi a voce, ed in iſcritto, come mel permetteano le circoſtanze di quel tempo, ma ſenza alcun pro. Riſpondo ora con maggior agio al teſto del jus feudale comune, ed alla Coſtituzione di Federigo. Il caſo, di cui ſi tratta nel teſto del jus feudale comune, non è lo ſteſso, che 'l noſtro. Il caſo di quel teſto è di due privati, de' quali l'uno abbia dal Principe avuta l'inveſtitura della coſa, acquiſtandone così l'utile dominio; l'altro l'abbia ſemplicemente poſseduta per 30. anni come feudale, preſtando al Principe il ſervigio di feudatario. In tal caſo ſi dice, che, volendo il primo vendicare il feudo, vien dal ſecondo eſcluſo per la preſcrizione di 30. anni: onde nel caſo di quel Capitolo, la roba non muta natura, di burgenſatica divenendo feudale per la preſtazione del ſervigio di feudatario, ma ſemplicemente muta padrone, ritenendo l'antica natura. E che ha che fare coteſto col caſo noſtro, nel quale ſi pretende, che per la ſemplice preſtazione del ſervigio feudale per lo corſo di 30. anni, il Principe acquiſti il *jus del vaſſallaggio*, e'l dominio diretto del corpo, e queſto la qualità feudale? Tra due privati ſcriſe Matteo degli Afflitti, che 'l traſcritto teſto avea luogo (*a*): *Quando tractatur de praeſcribendo ſcudum inter privatum, & privatum, praeſtito ſervitio, prout loquitur textus in Capitulo Si quis per triginta:* e perchè gli diè luogo tra' ſoli privati, neceſsariamente ſuppoſe, che prima della preſcrizione, il corpo foſse feudale, non già, che tal diveniſse in virtù della preſcrizione. Più chiaramente l'eſpreſse Camillo de Curte, ſcrivendo (*b*): *Textus in §. Si quis per tri-*

(a) *Deciſ.* 254. *num.* 3.
(b) *Diverſ. jur. feud. num.* 135.

triginta, loquitur, quando praescribitur contra privatum JUS, QUOD privatus HABET IN FEUDO. Non al-
11 trimenti si vuole intendere la trascritta Costituzione dell'Imperador Federigo, onde fu da Matteo degli Afflitti riepilogata così: *INTER PRIVATOS praescribitur FEUDUM, vel ejus quota, per possidentem ILLUD, vel illam, spatio triginta annorum.* Di soli *privati*, e di corpo, che prima della prescrizione era già *feudo*, Matteo degli Afflitti parlò: nè lasciò di notare nel comento, che fece sul testo del jus comune feudale, e sul testo di Federigo, che trattano tutti e due lo stesso caso, cioè 'l caso di due privati, l'uno de' quali abbia il titolo della investitura, l'altro il titolo della prescrizion tricennale.

12 Ma si ponga mente alle parole dell' uno, e dell' altro testo, e chiaramente si conoscerà, non esserci parola, che possa convenire al R. Fisco, e che non sia propria di un privato, che possegga il feudo di un altro privato. Nel testo del jus feudale comune, si parla di colui, che *per triginta annos POSSEDIT*: il che non può convenire al R. Fisco, perchè, seguendo immediatamente, *& servitium Domino exhibuit*, è chiaro, che 'l possessore è 'l privato, che presta il servigio, nol Fisco, che l' esige, e nol presta. E poichè prescrive chi possiede, è chiaro altresì, che, possedendo il privato, nol Fisco, il privato prescrive il jus, che un altro privato ha nel feudo, nol Fisco il *jus del vassallaggio.* Ma 'l più fedele interpetre di quel testo, è l' Imperador Federigo, che colla sua Costituzione il conferma. Parla Federigo di colui, che *feudum integrum, vel quotam partem feudi, de quo certum, & designatum servitium Curiae debeatur, possederit.* Il possessore di cosa, per cui si debba alla R. Corte *certum, & designatum servitium*, certamente è 'l privato, che 'l deve: e se la cosa,

ch' è

ch' e' poſſiede, ad un tal peſo è ſoggetta, neceſſariamente è da dire, che ſia feudale, non già burgenſatica, la qual muti natura. Dice Federigo, che, perchè vaglia la preſcrizion tricennale, richiedeſi, che ſi poſsegga il feudo *continue*, *& ſine interruptione minoris aetatis adverſarii*. Parole ſono queſte, che a colui ſi riferiſcono, contra cui ſi preſcrive, concioſiachè, per Legge, nelle preſcrizioni la coſtui minore età ſi deduca. Dunque, come un privato è chi poſſiede, così ancora è un privato colui, contr' al quale ſi preſcrive: ſeguentemente nè poſſiede, nè preſcrive il Fiſco. Finalmente, dopo le trascritte parole, ſoggiunge Federigo, che dee la tricennale preſcrizione aver luogo ne' feudi interi, o nelle quote di eſſi, *ex quibus praeſcriptis, nullum poteſt Reip. praejudicium irrogari, quum apud quemcumque reſideat ſervitium deſignatum, & debitum* (cioè chiunque de' due preſti il ſervigio, o 'l vero feudatario, che ha l' inveſtitura, o 'l non vero, ma poſſeſſore) *minime amitti poterit, vel in aliquo minorari*. Ed ecco, che parla di due privati, e ſuppone, che prima della preſcrizione la coſa ſia feudale, a cui ſolamente poſſon convenire le parole, *quum apud quemcumque reſideat ſervitium deſignatum, & debitum*, non già, che per la preſcrizione di burgenſatica diventi feudale.

Dunque, non han che fare col noſtro caſo il teſto del jus feudale comune, e la Coſtituzion di Federigo. Pur, quando anche poteſſero eſtenderſi al caſo noſtro, aver potrebbero luogo, dove la preſcrizione ſi regolaſſe col ſolo jus Civile, che nella preſcrizione di 30. anni non richiede nè titolo, nè buona fede; non dove ſi regola col jus Canonico, che, in qualunque tempo ſopravvenga la mala fede, vuol, che torni la roba al vero padrone. Or nel noſtro Regno non ſi dubita, che 13
in tutte le preſcrizioni richiedeſi il giuſto titolo, e la

buona fede, e che la mala fede sopravvegnente in qualunque tempo, ed anche dopo mille anni, le interrompe, e non le fa valere secondo le massime del jus Canonico confermato espressamente da S. M. Cattolica con Real Carta del dì 15. del mese di Decembre dell'anno 1742. ordinante, che si osservasse per Legge la decision fatta dal S. Consiglio a quattro Ruote circa le prescrizioni: e si vuol notare, che, dicendosi nella detta decisione, *in quocumque Regni foro*, si comprese ancora il Tribunale del Regio Fisco. Ma ben prima della suddetta decisione si osservavano nel Regno le soprarrecate massime del jus Canonico: e poichè le oppongo io al Fisco, voglio, che ne renda testimonianza un dottissimo, e zelantissimo Avvocato Fiscale de' tempi a noi vicini, qual fu Serafino Biscardi (*a*): nè altre massime, che le massime del jus Canonico, volle Matteo degli Afflitti, che si dovessero osservare circa la detta prescrizion di 30. anni. Comentando egli il testo del jus feudale comune, scrisse (*b*): *Ista possunt esse vera de jure Civili, quod non consideravit Paradisum, & Infernum; sed de jure Canonico, dico, quod malae fidei possessor, nullo tempore praescribit.* Comentando la Costituzion di Federigo, scrisse (*c*): *Fuit inventa* (la detta prescrizion di 30. anni) *ab Imperatoribus, qui non considerarunt nec Infernum, nec Paradisum; sed secundum jus Divinum, possessor malae fidei, nullo tempore praescribit propter peccatum, quia retinet cum mala fide rem, quae est alterius.* E perchè le parole di Matteo degli Afflitti non si attribuiscano a troppa semplicità, piacemi, che le confermino due riguardevolissimi Avvocati Fi-

(a) *Respons. jur. pro quinden. pag.* 93.
(b) *Not.* 1. *num.* 3.
(c) *Num.* 7.

Fiscali. Sia il primo Camillo de Curte, che lasciò scritto (a): *Haec praescriptio annorum* 30. *procedit jure civili attento, absque bona fide; sed de jure Canonico, etiam longior, sine bona fide, non procedit:* e poco dopo (b): *De jure Canonico, QUOD ATTENDENDUM EST, non servatur, quia omnino & bona fides, & tituli probatio requiritur.* Sia il secondo quell'istesso D. Giovanni Ferrari, che fu l'autore della istanza, a cui la R. Camera ha deferito. Nella sua Opera *De feudis* (c), dopo di avere diligentemente esposta cotesta prescrizion tricennale, introdotta tra' privati dal detto testo del jus feudale comune, e confermata dalla detta Costituzion di Federigo, soggiunse (d): *In hac praescriptionis materia, scitote, jus Canonicum bonam fidem requirens ejus, qui hoc utitur praesidio, SERVANDUM esse, licet* 30. *annorum lapsus accedat, nec altejus, & si longioris temporis ratio est habenda . . . quamobrem, omisso juris civilis placito, nec mille annorum praescriptioni locum fore, si mala fides eandem comitetur:* indi trascrisse le parole della soprammentovata decisione del S. Consiglio, confermata da S. M. Cattolica. Or poichè risoluto per la devoluzione il contratto tra 'l Principe, e 'l vassallo, deve al Principe ritornare quella sola roba, che fu dal Principe trasferita nel vassallo colla qualità feudale, e colla oggi per le carte degli acquisti, che xi. corpi creduti per errore feudali, altronde, che dal Principe, e non colla qualità feudale ai venditori di Teverola pervennero, con qual titolo, e con qual buona fede gli può pretendere il R. Fisco?

(a) *Diverf. jur. feud. num.* 127.
(b) *Num.* 132.
(c) *Part.* 1. *tit.* 5. *cap.* 2. *per tot.*
(d) *Num.* 16.

Quandochè poi si conceda, che posſano le ſuddette diſpoſizioni del jus feudale giovare anche al Fiſco, e ſi concede ancora, che non le abbia il jus Canonico in alcun modo alterate, per altra potentiſſima ragione non ſi potè mutare la nativa qualità burgenſatica de'
14 ſuddetti XII. corpi. Coteſta preſcrizion tricennale, è da' Dottori propriamente chiamata *preſunta inveſtitura*. Il dotto Struvio così la chiamò (*a*): così l'avean chiamata, tra' noſtri, Camillo de Curte (*b*), ed Orazio Mon-
15 tano (*c*). Colui, che poſſedendo, come feudale, alcun corpo burgenſatico, preſta per 30. anni il ſervigio al Principe, confeſſa almen col fatto la qualità feudale del corpo, che poſſiede, e col fatto ne chiede l'inveſtitura: e 'l Principe, che per 30. anni accetta il ſervigio, gliene dà col fatto l'inveſtitura. Ecco un tacito contratto tra 'l Principe, e 'l vaſſallo: ecco una inveſtitura preſunta. Ma ciò, per comun ſentimento de' Dottori, può ſolamente aver luogo, quando il ſervigio ſi preſta a chi può dare la vera inveſtitura, qual' è nel noſtro Regno la ſola ſacra perſona del Sovrano, non quando coteſti atti ſi fanno in tempo, che aſſente dal Regno è 'l Principe, e quì tiene il ſuo luogo un Vicerè, che non ha la poteſtà di dar la vera inveſtitura, altrimenti quel Vicerè, ch'eſpreſſamente non può darla, la darebbe tacitamente, e preſuntivamente, e valerebbe più 'l tacito, che l'eſpreſſo, e più 'l preſunto, che 'l vero: la qual coſa è ſconciſſima a dire. Camillo de Curte, dopo di aver dimoſtrato, che può 'l Principe accettante per 30. anni il ſervigio, *adquirere jus vaſſallagii*

(a) *Cap.* 8. *de inveſt. aphor.* 12.
(b) *Diverſ. jur. feud. num.* 142.
(c) *Ad L. Imperialem*, §. praeterea Ducatus, *num.* 151.

lagii contra aliquem, ſoggiunge (*a*): *Aliud notabile in hac materia praeſumtae inveſtiturae eſt oſtendendum, quod illa locum habet, quando actus, qui fiunt pro illa inducenda, fiunt coram ipſo, qui de novo poſſet facere inveſtituram veram: ſi autem fierent coram eo, qui tali auctoritate careret, tunc talis inveſtitura praeſumta non induceretur: & ratio in promtu eſt efficaciſſima, ne plus valeat tacitum, quam expreſſum, & magis praeſumtio, quam rei veritas.* Non altrimenti il Montano (*b*): *Demum in hac praeſumta inveſtitura praeſcripta attendi debet, quod praeſtatio ſervitii feudalis pro re poſſeſſa, fiat ipſi Domino, qui poteſt de novo inveſtire, alias ſi fieret Procuratori, vel Vicario illius, vel minori, non induceretur talis praeſumta inveſtitura, ne plus valeat tacitum, quam expreſſum, & magis praeſumtio, quam rei veritas. Et ideo in Regno noſtro non poteſt practicari haec praeſumta inveſtitura ob abſentiam Regis, cujus Prorex non poteſt de novo inveſtire.* E quà ſi appartiene quel, che di se ſcrive Gianvincenzo d'Anna. E' ſcrive (*c*), ch' eſſendo giovane, e difendendo nella R. Camera la feudalità di alcuni corpi in virtù di coteſta preſunta inveſtitura, preſente Franceſco Revertera Luogotenente allora della R. Camera, coſtui gli riſpoſe, che l' allegata inveſtitura non avea luogo nel Regno ſenza dirgliene la ragione; ma che, fattoſi egli a ricercarla, trovò, che la ragion era l' aſsenza del Soyrano dal Regno: *Dum cauſſas agebam in R. Camera, quum juvenis eſſem, coram illo doctiſſimo Locumtenente Franciſco Reverterio, allegabam hanc noſtram praeſumtam inveſti-*

(a) *Num.* 142.

(b) *Loc. cit.*

(c) *Repet. rubr. & cap.* 1. *de vaſſal. decrep. aetat. num.* 451.

veſtituram, & ſaepe nos docebat, non procedere in Regno, neque nobis aliquid allegabat, ſola ſua maxima auctoritate fretus. Sed ego conſiderabam, fuiſſe rationem, quia talis praeſumta inveſtitura deſiderat praeſentiam Domini in Regno, qui, quum ſemper abſens ſit, nunquam poſſit conſiderari talis praeſumta inveſtitura: ed ora s'intende, perchè'l de Roſa (*a*), e'l de Luca (*b*) ci laſciarono ſcritto: *Doctores noſtri* (uſarono eſſi le ſteſſe parole) *communiter volunt, in Regno non habere locum textum in Cap. Si quis per triginta*, ch'è'l teſto del jus feudale comune confermato, come ſi è detto, da Federigo. Dunque, poichè i 30. anni, pe' quali i ſucceſſori di Andrea Terralavoro han pagati i rilevj, ſono corſi tutti, quando non era il Sovrano nel Regno; nè per 30, nè per 100. anni potea cominciare la preſunta inveſtitura.

Che ſe poteſſe nella preſente cauſa aver luogo, avrebbe il Fiſco non altra pruova della feudalità, che una pruova meramente preſuntiva. E da una ſemplice preſunzione, che può'l Fiſco ſperare? Non altro, ch' eſſer liberato dall' obbligo di provare la feudalità: nè io pretendo, ch'e' l'abbia a provare: ſolamente preten-
16 do, che la pruova preſuntiva della feudalità, ceder debba alla contraria concludentiſſima pruova, che nel corſo del termine per pubbliche ſcritture ſi è fatta della natura burgenſatica de' corpi. Tratta coteſto punto il Capano (*c*). Dice, che per aver taluno rivelata come feudale una coſa, e per averla gli anteceſſori poſſeduta come feudale, ſi dee *preſumere*, che tale ſia; ma ſoggiun-

(a) *Conſult.* 23. *num.* 61.
(b) Ad de Marinis, *lib.* 1. *reſol.* 234. *num.* 9.
(c) *De jure relev. part.* 11. *q.* 10.

giunge (a), *nisi qui allodialem esse contenderit, probaverit allodium*. Dice (b), che per la lista del rilevio, 17
PRÆSUMENDUM est, rem esse feudalem; ma soggiunge, *nisi probetur ex errore fuisse factam*. Dice (c), che da' Dottori s' insegna, *tales listas relevii esse actus probantes in POSSESSORIO*: e la ragione di cotesto comune insegnamento, è questa, perchè nel possessorio si attende il solo ultimo stato, non la natura della cosa, che sola è da attendere ne' termini del petitorio, ne' quali è la causa presente. Lo stesso punto tratta il Reggente de Marinis. Parlando egli del sopraccitato 18
testo del jus feudale comune, donde si fa nascere la presunta investitura, dice (d), che quel testo *bene procedit*; ma, *quando non constat de primæva, & originali rei concessione*. Nel dubbio han luogo le presunzioni: nel dubbio i pagamenti delle adoe, e de' rilevj fanno presumere la feudalità; ma in vista delle carte degli acquisti particolari, cessa il dubbio, cessano le presunzioni, e de' pagamenti delle adoe, e de' rilevj non si tien conto. Così si è praticato sempre nella R. Camera della Sommaria: onde lo sperimentatissimo Sig. Presidente Bruno, nella relazione, che da Razionale del Cedolario diè fuori nell' anno 1760, parlando di que' corpi, che oggi sono in questione, in vista degli apprezzi, della vendita, e de' rilevj, gli ebbe per feudali, *qualora non si produceste documento legittimo degli acquisti particolari*.

Cotesta costantissima pratica della R. Camera della Sommaria, non altronde è nata, che dalle cose quivi giu-

(a) *Num.* 11.
(b) *Num.* 12.
(c) *Num.* 19.
(d) *Obs. ad* Revert. *decis.* 558. *num.* 5. *&* 6.

giudicate più volte: ed eccone gli esempj.

19 Il primo è appresso il Capano *(a)*, e 'l Toro *(b)*. Nella causa tra 'l Fisco, e Galeazzo di Tarsia, difendea l' Avvocato Fiscale la feudalità di alcune rendite al Tarsia concedute, perchè nella Concessione, *aderant clausulae praegnantes cum R. assensu, & quod regiſtrentur in quinternionibus R. Camerae*: e (quel che più importava) *Fiscus reperiebatur in possessione exigendi servitium*: e pur *fuit decisum, esse in burgensaticam concessionem*, perchè, osservata la carta della Concessione, si conobbe, che non si era a quelle rendite espressamente data la qualità feudale.

20 Il secondo dell'anno 1576. nella causa di Prudenza Rossi, è appresso Gianvincenzo d'Anna: *Feudum*, e' scrive *(c)*, *non praescribitur in Regno sine praesentia Regis spatio* 30. *annorum . . . & ita fuit judicatum contra Prudentiam Rossam . . . non obstante praescriptione, & solutione adhoae per annos triginta*.

21 Il terzo de' tempi del Reggente Salernitano nella causa tra Giovanni di Noha, e 'l Barone del Casale di Noha, è appresso il Toro *(d)*. Si pretendea, che una certa masseria fosse feudale, perchè come non trovavasi descritta nel catasto, così trovavasi denunciata ne' rilevj al Fisco. Contuttociò, per le pruove fatte in contrario, *fuit judicatum, dictam massariam fuisse burgensaticam:* e per rispetto de' rilevj, si ebbe per vero, che *non est consequens necessarium, quod solvatur relevium, ergo est feudum*; e che *argumentatio a signis accidentalibus* (e si sa, che sono i rilevj tra gli accidentali del feudo)

(a) *De jure relev. p. 4. q. 7. num. 15.*

(b) *Comp. decis. p. 3. sect. 3. v.* res posita in lista relevii.

(c) *Singul.* 194.

(d) *Comp. decis. p. 3. sect. 3. v.* res burgensatica.

feudo) *non arguit de neceſſitate* ; e che *nec retentio ſpecialis ſervitii arguit rem eſſe feudalem, ſicut nec praeſtationes ſervilis miniſterii faciunt quem ſervum*.

Il quarto nella cauſa del Principe di Conca col R. Fiſco, è appreſſo lo ſteſso Toro (*a*). Trovavaſi ne' rilevj denunciata al Fiſco un' oſteria col paſſo ; ma perchè ſi provò, ch' era pervenuta da un Moniſtero di Frati Domenicani, fu dichiarata burgenſatica : e ſi ebbe per verò, che *relevii ſolutio, feudalem rem non facit* : e che la confeſſione, che della feudalità ſi fa ne' rilevj, *non modo non praejudicat, verum poterit revocari*. 22

Il quinto, ch' è il più illuſtre, è appreſſo il Revertera (*b*). Poſſedeva il Conte di Potenza *Caſtrum Vignolae*. La parola *caſtrum*, dà indizio di feudalità (*c*). Oltracciò, trovavaſi regiſtrato nel Cedolario, e ne' quinternioni della R. Camera, e per ottanta, non che per trenta anni, eraſi denunciato ne' rilevj al R. Fiſco. Contuttociò, preſentatoſi l' iſtrumento dell' acquiſto, donde coſtava, ch' era quel *Caſtrum Vignolae*, pervenuto dall' Oſpedale della SS. Annunciata, che avealo in burgenſatico, preteſe il Conte, che ſi cancellaſſe dal Cedolario de' Baroni, e gli ſi reſtituiſſero le ſomme indebitamente pagate a titolo di adoa, e di rilevio : e ſcrive il Revertera, che, *quum eſſet productum inſtrumentum conceſſionis in emphyteuſim ab Hoſpitali factae dicto Comiti de dicto Caſtro, per quod conſtabat illud eſſe burgenſaticum, nec aliter in feudum a R. Curia teneri, fuit certe detectus error, & ſucceſſive titulus ille praeſumtus tollebatur omnino. Quare, his omnibus in R. Camera diſcuſſis, NEMINE CONTRADICENTE, deciſum fuit, Caſtrum Vignolae, uti rem burgen-* 23 24

(a) *V. res poſita in liſta relevii.*
(b) *Deciſ.* 558.
(c) Rovit. *conſ.* 27. *num.* 1. & 2. *lib.* 2.

genſaticam, a Baronum Cedulario eſſe delendum: reſpectu vero adobae, & releviorum ſolutorum, Regium Fiſcum fore, & eſſe abſolvendum. Ed ecco, che per chiare ed eſpreſſe diſpoſizioni di Legge, per comun ſentimento di Dottori, e per più eſempj di coſe giudicate, dee la R. Camera deferire alla reſtituzione *in integrum* prodotta a nome delle figlie pupille del defunto D. Saverio Terralavoro.

E pure non ſi è detto ancor tutto. Alle coſe dette, gran peſo aggiungono le particolari circoſtanze di que-
25 ſta cauſa. L'una è queſta, ch'eſſendo i corpi, pe' quali ſi contende, nella origin loro burgenſatici, ſe mai o per vera preſcrizione, o per preſunta inveſtitura aveſſero potuto diventar feudali, avrebber potuto diventar tali a danno di colui, per lo cui fatto ſi diè luogo alla vera preſcrizione, o alla preſunta inveſtitura, o di chi abbia cauſa da lui, non già in pregiudizio di un terzo: *Si poſt praeſcriptionem* (così ſcrive il gran feudiſta Andrea d'Iſernia, comentando la Coſtituzion di Federigo) *feudum aperiatur Domino, vel adgnatis, aut filiis ex providentia concedentis, non nocebit Domino, adgnato, vel filio, niſi ei tantum, contra quem praeſcriptum eſt.* Quel, che dice Andrea d'Iſernia de' chiamati al feudo *ex providentia concedentis*, è, per la identità della ragione, parimente da dire de' chiamati *ex providentia fideicommittentis*. La figlia primogenita del defunto D. Saverio, viene a que' corpi, come chiamata al majoraſco ordinato da Pietro Terralavoro, non come erede di coloro, che denunciandogli ne' rilevj al R. Fiſco dieron luogo alla preſcrizione, od alla preſunta inveſtitura. Nel tempo, in cui quel majoraſco ſi ordinò, non eraſi fatto luogo a preſcrizione, od a preſunta inveſtitura: a queſta, od a quella, potè farſi luogo nel tempo de' ſucceſſori, per riſpetto de' quali la ſuddetta primogenita

nita è un terzo : e secondo i legali principj d' Isernia, dice il Toro (*a*), che *res allodialis, non potest recognosci, uti feudalis, in praejudicium tertii* : e parla appunto della feudalità, che pe' rilevj s' induce. L' altra circostanza è, che la detta prescrizione, o presunta investitura, fu 26
dalle Leggi introdotta in pena della negligenza del feudatario : e l' Imperadore Federigo l' espresse così : *De evidenti desidia excusari non possunt, quod interruptionem praescriptionis inducere potuerunt* : onde l' Isernia : *Intelligitur haec Constitutio in feudatario negligente*. E chi è, che possa notar di negligenza Andrea, od alcuno de' suoi discendenti? Si è detto, che Andrea, come scoprì, che gli si eran venduti, come feudali, alcuni corpi, ch' erano burgensatici, ricorse al Magistrato, dolendosi dell' inganno : e che i di lui discendenti hanno sopra ciò compilato un termine. Vienmi ora in mano una scrittura, ch' esclude del tutto qualunque prescrizione, o presunta investitura : ed è una istanza presentata in R. Camera da Gennaro Terralavoro, che fu il primo, che al R. Fisco denunciò nel rilevio que' corpi, pe' quali si contende. Or ecco, come si spiegò : *Presentando il comparente la nota dell' entrate percepute dal detto feudo nell' anno della detta morte, fa istanza confirmarsi l' investitura in persona del detto D. Gennaro, odierno Barone, senza farseli pregiudizio alcuno nec directe, nec indirecte, così in caso che se denunciasse maggiore, o minore quantità, come anco, se si denunciasse per FEUDALE qualche corpo, che fusse BURGENSATICO, e per ogni altra ragione, che al medesimo potesse spettare*. Pendea fin da' tempi di Andrea il giudizio circa i corpi falsamente venduti come feudali, e perchè come feudali si eran venduti, si doveano come tali denunciare al R. Fisco. Come ta-

(a) *Comp. decis. p. 3. sect. 3. v.* res burgensatica.

li gli denunciò Gennaro Terralavoro, ma con espressa dichiarazione, che *non gli si facesse pregiudizio alcuno, se si denunciasse per feudale qualche corpo, che fusse burgensatico*. Questa riserva bastò per Legge ad impedire qualunque prescrizione, o presunta investitura: tanto più, che con tal riserva accettò la denuncia il Fisco.

Su queste due grandi circostanze di fatto, appoggiasi la nuova petizione fatta a nome delle figlie pupille del defunto D. Saverio Terralavoro, che si restituiscan loro le somme per detti corpi indebitamente pagate al Fisco a titolo di rilevj. Se ne' tempi di Revertera, quando la stessa petizione fece il Conte di Potenza, la R. Camera l'escluse, ne fu cagione la negligenza de' di lui antecessori, che per 80. anni pagarono adoe, e rilevj senza informarsi, come ciascun diligente padre di famiglia dee fare, della qualità del corpo, per cui pagavano. Ma diligentissimi furono Andrea, e i costui successori: onde chiaramente costando della qualità burgensatica de' suddetti XII. corpi, ed in
27 conseguenza della indebita esazione, è giusto, che si dia luogo alla Legge, che dice (a): *Qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur, daturque agenti contra eum propter repetitionem condictitia actio.*

Mi resta a dire, che due de' suddetti XII. corpi, l'uno detto *Alvariello*, l'altro detto lo *Spazzo*, sono redditizj alla Chiesa. E posto ciò, come potean dichiararsi feudali? Se sono redditizj alla Chiesa, ne segue, che dalla Chiesa pervennero, ed alla Chiesa ancora si
28 appartengono. E chi non sa quel, che da' Dottori, senza contraddetto di alcuno, s'insegna, che in mano della

(a) *Inst. quib. mod. re contr. obl.* §. 1.

la Chiesa, *etiam Castrum praesumitur allodium* (a) ? Ma o in mano della Chiesa erano, e per quel diritto, che ancora vi ha su la Chiesa, sono ancora burgensatici, e la cosa è bella, e finita : od eran feudali, e come appartenenti alla Chiesa, non soggiacciono a devoluzione.

Di Casa nel dì 19. del mese di Aprile dell'anno 1773.

Pe' Baroni D. Gennaro, e D. Michelangiolo Coletti, contr' il Marchese D. Rinaldo Sterlich di Cermignano.

ARGOMENTO.

I. Degli effetti nascenti dal possesso, che si ha in virtù del *Costituto*.

II. Dell' efficacia, e degli effetti della clausola, *Salvo Assensu*.

III. Si spone la *L. quotiens* 15. *Cod. de rei vindicat.*, e si esamina, se abbia luogo, dove siaci non la vera, ma la finta tradizione, o quando si tratti di alienazione di corpo feudale.

SOMMARIO.

1 LA causa della dote, è causa idonea a costituire dominio.

2 E

(a) *V.* Rovit. *cons.* 27. *num.* 2. *lib.* 2.

2 *E' error de' Notaj il congiungere il* Costituto, *e 'l* Precario: *Ved. il num.* 3.

3 *Al contraente non deve nuocere quel, che per errore si fa.*

4 *Del possesso, che si ha in virtù del* Costituto.

5 *La clausola,* salvo assensu, *fa, che l'assenso posteriormente impetrato sul contratto della roba feudale, si retrotrae al dì del contratto. Se questa massima abbia luogo in pregiudizio di un terzo:* Ved. i num. seg.

7 *Quando il secondo compratore sia preferito al primo in virtù della tradizion della roba venduta: e se basti la tradizion finta: Si spone la* L. quotiens 15. Cod. de rei vind. *Ved. il num.* 11.

8 *I contratti sopra roba feudale fatti senz' assenso, non vagliono per rispetto della traslazion del dominio, o d'altro* jus in re, *non in quanto agli altri effetti.*

9 *Le azioni nascenti da' contratti, passano agli eredi, e contra gli eredi:* Ved. il num. seg.

10 *L'erede di colui, che alienò, od ipotecò il feudo senza l'assenso, può costringersi a ratificare il contratto, perchè l'assenso s'impetri. E, trattandosi di dote, si può impetrare, anche dissentendo l'erede.*

12 *Delle solennità, che si hanno a fare dopo impetrato l'assenso, senza delle quali si ha per non interposto.*

13 *L'assenso non può supplire i difetti intrinseci, e sustanziali dell'atto.*

14 *Il difetto della causa, e la dolosa collusione, sono vizj, onde il contratto o da principio, od in effetto, non vaglia.*

15 *Per l'assenso non si prova il contratto.*

16 *Se 'l patto di non doversi prestare nè l'evizione, nè 'l prezzo, sia valido:* Ved. il num. seg.

17 *L'evizione, vien detta* utilità, *e differisce dal prezzo, perchè può eccedere il prezzo.*

18 *Il*

18 *Il Creditore, che per lungo tempo non esige l' interesse delle terze, in pena di sua negligenza, il perde.*

19 *La menzogna, è indizio del dolo.*

20 *Dal debitore non si può ripetere più di quella somma, che effettivamente si è al creditore pagata.*

21 *Chi vien prescelto dal Principe, si presume per idoneo.*

22 *Gli assensi non si estendono da cosa a cosa nè per uguaglianza, nè per maggioranza di ragione.*

23 *E' reo di dolo, chi non fa quel, che deve.*

24 *L'ignoranza del proprio fatto, non si ammette.*

25 *Ciascuno deve fare quel, che a se non nuoce, e giova ad altrui: e che non farlo, è segno manifestissimo di mal talento.*

26 *La prescrizione, quando possa giovare secondo il jus Canonico, e le Leggi del Regno:* Ved. il num. 27.

27 *Nel terzo possessore si presume la buona fede; ma se si pruova la mala, cessa la presunzion della buona.*

28 *La ratiabizione non si estende da cosa a cosa: e perchè non si estenda, basta qualunque colore.*

29 *Quando non s'induca la ratiabizione.*

30 *I frutti seguono o 'l padron vero, o chi tien luogo di padrone. Chi sia il vero padrone: e chi tenga il luogo di padrone.*

31 *La buona fede, non va mai disgiunta dal giusto titolo.*

32 *I frutti, nel giudizio di nullità, si debbon restituire; ma non già nel giudizio di rescissione, tranne però, se sia per enormissima lesione.*

33 *I possessori di mala fede, debbono restituire i frutti percepiti, e quelli, che percepir dovevano.*

AL-

ALLEGAZIONE X.

I Baroni D. Gennaro, e D. Michelangiolo Coletti, eredi della Baroneſſa Maria Sterlich di Scorrano, loro avola, han chiamato in giudizio le Baroneſſe D. Irene, e D. Clorinda Sterlich di Scorrano, eredi del Baron Giandomenico, loro avolo, e'l Marcheſe D. Rinaldo Sterlich di Germignano, erede del Baron Euſtachio, ſuo avo. L'azione contr' alle ſuddette Baroneſſe, naſce da un iſtrumento del dì 14. del meſe di Settembre dell' anno *1666*, in cui ſi veggono inſeriti i capitoli, che ſi eran fatti nel dì *26.* del meſe di Giugno dell' anno antecedente per lo matrimonio dappoi contratto tra'l Barone Gennaro Coletti il vecchio, e la Baroneſſa Maria Sterlich di Scorrano, figliuola del Baron Giandomenico. Ne' ſuddetti capitoli ſi coſtituì la dote per le ſeguenti parole: *Per peſo, e contemplazione di detto matrimonio, per dote, & in nome di dote, di Sign. Barone Giandomenico padre, promette di dare alla detta Signora Maria ſua figlia, e per eſſa al detto Signor Gennaro, ſuo futuro marito, la ſua parte della giurisdizione Baronale, ed altri beni burgenſatici, e feudali, che ave ſopra lo Caſtello del Petto, e tutte quelle azioni, e ragioni, che ave ſopra la giuridizione, e beni feudali nella Terra di Caſtilenti, ſequeſtrati dal Signor Barone Euſtachio Sterlich, tali quali ſono, e ſalvo, e reſervato il R. aſſenſo, da ottenerſi a ſpeſe di detto Signor Gennaro, futuro ſpoſo: con patto, che naſcendo lite attiva, o paſſiva, ſi mantenga a ſpeſe di detto futuro ſpoſo, ſenza che poſſa ridimandarle nè ſopra li beni dotali, e dati in dote, nè da eſso Sign. Barone dotante, e ſuoi eredi, nè meno l'intereſſe dell'evizione, che ſeguiſſe per detti beni.* Queſta particella de' Capitoli matrimoniali

è nell'

è nell'istrumento dichiarata così: *E perchè nelli suddetti Capitoli matrimoniali la parte, e beni di Castilenti stanno assegnati per dote, tali quali sono, esso Sign. Barone Giandomenico dichiara, che ciò s'intende in quanto alli crediti, che vi sono del Sign. Barone Eustachio Sterlich, e non in altro modo, a segno tale, che trovandosi li beni alienati in qualunque modo da esso Sign. Barone Giandomenico, debba rinfrancarlo a detti Sign. Conjugi per la somma, che importerà l'alienazione, che forsi si troverà.* Nella copia di cotesto istrumento presentata presso gli atti il dì 24. del mese di Novembre dell'anno 1760. e propriamente in quella parte, ove la detta dichiarazione si fa, mancano alcune importantissime parole, le quali si leggono in un' altra più fedelmente tratta dal suo originale, che pur si è presentata il dì 5. del mese di Giugno del caduto anno 1761.. Ma di ciò si farà nuovamente parola in luogo più acconcio. Solamente è quì da notare, che della intera fede di coteste due Scritture, non è da dubitare in alcun modo, secondochè costa per la *relazione* fatta d'ordine del Signor Presidente Commessario dal peritissimo, ed onestissimo Notajo D. Giuseppe di Palma.

Il Reg. assenso, che ne' Capitoli si riservò, avendo ultimamente le Baroneffe D. Irene, e D. Clorinda ratificato, com'eran tenute di fare, il contratto del loro avolo, si è già solennemente impetrato: onde l'azione contra esse è cessata: e dee la R. Camera della Sommaria profferir sua sentenza solamente sull' azione istituita contr' al Marchese Sterlich, ingiusto *detentore* de' beni feudali della Terra di Castilenti, dotali della Baronessa Maria, e proprj de' miei Clienti, perchè si condanni a *rilassargli* co' frutti, che se ne sono finora percepiti, e che se ne poteano, e dovean percepire, oltre le spese della lite, che a tenore delle Leggi, confer-

mate per più Reali Dispacci, dee certamente rifare.

Il natural possesso de' beni feudali della Terra di Castilenti, non si trasferì mai nel Barone Gennaro Coletti. Il ritenne presso di se lo stesso dotante, ma 'l ritenne a nome del Coletti in virtù della clausula *cum constitutione precarii*, espressamente apposta all'istrumento dell'anno 1666. Nell'anno poi 1672. per istrumento del dì 19. del mese di Maggio, asserendosi debitore del suddetto Baron Eustachio nella somma di duc. 2816., gli diè que' beni *in solutum*. Or ecco, come comincia a conoscersi la giustizia, che assiste a' miei Clienti. Spettan loro di certo cotesti beni, come dotali della Baronessa Maria loro avola: ma si posseggono oggi senza giusto titolo, e non di buona fede dal Marchese D. Rinaldo. Le cose, che mi convien di mostrare, son due, l'una, che 'l dominio de' suddetti beni è presso i Baroni D. Gennaro, e D. Michelangelo Coletti: l'altra, che 'l Marchese D. Rinaldo gli possiede senza giusto titolo, e con mala fede.

CAPO I.

Il dominio de' beni feudali di Castilenti, è presso i Baroni D. Gennaro, e D. Michelangiolo Coletti.

NEll'istrumento dell'anno 1666. chiaramente si legge, che i beni feudali di Castilenti, furon dati in dote alla Baronessa Maria. Che poi la causa della dote sia causa idonea a trasferir dominio, è cosa quanto certa per Legge, altrettanto nota a ciascu-

no

no (a). E' vero, che non vi fu poi la tradizion reale; ma vi fu la legale; onde il poſſeſſo in Maria ſi trasferì per poteſtà di Legge. Sul fine del ſuddetto iſtrumento, ſi legge la clauſola *cum conſtitutione precarii*: ed ecco la legal tradizione. Da' buoni interpetri del jus civile ſi nota, che per error de' Notaj ſi congiungono il 2
coſtituto, e 'l *precario*, dovendo, giuſta le regole della Romana giuriſprudenza, eſſer l' uno eſcluſo dall' altro: onde, perchè non dee nuocere al contraente quel, che 3
per errore ſi fa (b), comunemente s' inſegna, che non oſtante la menzion del *precario*, s' intende celebrato il ſolo *coſtituto* (c), in virtù del quale il *coſtituente*, che 4
ſino a quel punto avea poſſeduto per ſe, comincia a poſſedere a nome del *coſtituario*, il qual s' intende, che veramente poſſegga, come ſe ſi foſſe realmente trasferito in lui il poſſeſſo. Così 'l giuriſconſulto Celſo (d): *Quod meo nomine poſſideo, poſſum & alieno nomine poſſidere* (ecco il coſtituto): *nec enim muto mihi cauſſam poſſeſſionis, ſed* DESINO POSSIDERE, ET ALIUM POSSESSOREM MINISTERIO MEO FACIO: *nec idem eſt, poſſidere, & alieno nomine poſſidere: nam* IS POSSIDET, CUJUS NOMINE POSSIDETUR. Dunque in virtù del *coſtituto* cominciò la Baroneſſa Maria a poſſedere dal dì di quello iſtrumento i ſuddetti beni feudali, ſeguentemente ne acquiſtò da quel punto il dominio, come ſi moſtrerà meglio in appreſſo: e compete oggi a' dì lei eredi la vendicazione. E perchè dal

(a) *L. 75. de jur. dot., & pr. ſit. Inſt. quib. alien. licet, vel non.*

(b) *L. ſi librarius 92. ff. de R. J.*

(c) *V.* Dominic. Auliſ. *in tit. ff. de adq. poſſ. p. 91. & 92.*

(d) *In L. quod meo 18. ff. de adq. poſſ.*

dì dell'istrumento dell'anno *1666.* lasciò 'l Baron Giandomenico di possedergli in suo nome; e cominciò a possedergli per altrui, cioè per la Baronessa Maria, e pe' di costei eredi, necessariamente ne segue, che son da restituirsi co' frutti fin da quel dì.

So bene, che per l'alienazione de' beni feudali richiedesi, secondo le Leggi, il Regio assenso: so, che nell'istrumento dell'anno *1666.* espressamente si riservò, ma non si è di fatto impetrato prima del mese di Aprile di questo anno *1762*; ma so ancora, ch'essendosi finalmente ottenuto, quella vindicazione, che avrebbe potuto competere alla Baronessa Maria, se si fosse l'assenso da principio impetrato, compete ora a' Baroni D. Gennaro, e D. Michelangelo: e lor compete, come, se si fosse impetrato fin dal dì del contratto. E' massima indubitata, che, facendosi il contratto sulla roba feudale colla clausola *salvo assensu*, la qual si legge nel suddetto istrumento, l'assenso, per potestà di Legge, ricorre in dietro, e risale al dì del contratto; poichè cotesta clausola contiene condizione: e per Legge, negli atti condizionati, quandochè siesi la condizion verificata, si attende il tempo, in cui furon fatti. Così Matteo degli Afflitti (a): *Assensus trahitur ad tempus contractus*: onde, proposto il dubbio, se, avendo taluno ipotecato il fondo, *salvo assensu Regio*, ed avendolo poi venduto con Regio assenso ad altrui, se, dico, il creditore, che dopo fatta la vendita impetrò l'assenso, avesse contr' al compratore l'azione ipotecaria; rispose: *Dic, quod ille, qui impetravit super hypotheca feudi, potest agere contra emtorem, quia illa conditio, salvo Regio assensu, apposita in contractu obligationis feudi, trahitur retro, ipsa veniente ad tempus contractus.* Non altrimenti Anton Capece

(a) *In Const.* constitutionem divae memoriae, *num.* 45.

pece (*a*); e, per tacere degli altri, il diligentiſſimo Giambatiſta Coſta, che più largamente ne ſcriſſe (*b*). Coteſto inſegnamento è conformiſſimo a' principj del jus Civile. L'ipoteca pura poſteriore, cede, ſecondo il jus Civile, alla ipoteca condizionata anteriore, tuttochè la condizione ſi verifichi dopo contratta l'ipoteca pura: *Quum enim* (eccone la ragione, che'l giuriſconſulto Cajo ne dà (*c*)) *ſemel conditio extitit, perinde habetur, ac ſi illo tempore, quo ſtipulatio interpoſita eſt, ſine conditione facta eſſet*. Quel, che ſi dice della ipoteca, ſi vuol parimenti intendere di qualunque alienazione, per cui ſi trasferiſca il dominio, perchè la ragione è la ſteſſa. In fatti, Matteo degli Affittri, dopo di aver propoſto il caſo della ipoteca, ſcrive (*d*): *Aſſenſus Regis in alienatione feudi, trahitur ad tempus alienationis feudi. Hoc etiam dixi ſupra in* IX. *not. in* III. *quæſt.* (parlando della ipoteca). *Et facit, ac ſi a principio quoad validitatem contractus interveniſſet conſenſus*. E perchè ſi conoſca, ch'e' tratta di alienazion *traslativa* di dominio, ſi oſſervino gli eſempj, ch'e' ne reca in mezzo: *Puta, Titius alienavit feudum, vel de eo diſpoſuit in ultima voluntate*.

Son quì da ſciorre due difficoltà. Naſce la prima da quel, che moltiſſimi inſegnano appreſſo il de Marinis (*e*), e 'l de Luca (*f*), trarſi indietro l'aſſenſo ſolamente in pregiudizio di colui, che alienò la roba feudale, non in pregiudizio d'un terzo, qual'è 'l Marche- 6

ſe

(*a*) *Deciſ.* 182. *num.* 16.
(*b*) *De retrotract. cap.* 8. *caſ.* 10.
(*c*) *In L. potior* 11. §. 1. *ff. qui pot. in pign.*
(*d*) *Num.* 74.
(*e*) *Reſol. lib.* 1. *cap.* 25. *num.* 13.
(*f*) *Ad* de Marin. *dict. cap.* 25. *num.* 2. *& ſeq.*

se D. Rinaldo posseſsore de' beni feudali di Caſtilenti, in virtù del ſopraccitato iſtrumento dell'anno 1672, per cui furon dati *in ſolutum* al Baron Euſtachio ſuo avolo. Ma coteſta dottrina ha luogo nel caſo, che ſieſi nel tempo di mezzo acquiſtato legittimamente al terzo alcun diritto ſulla roba. Così, per comun ſentimento, lo ſteſso de Marinis (a): *Retrotractio non operatur in praejudicium tertii, cui medio tempore fuit alienatum, vel obligatum feudum cum aſſenſu, vel ſuper eo conſtitutum jus valide*. E tal non è di certo il Marcheſe D. Rinaldo, come in appreſſo dimoſtrerò.

7 Naſce la ſeconda difficoltà da un reſcritto degl'Imperadori Diocleziano, e Maſſimiano (b): *Quotiens duobus in ſolidum praedium jure diſtrahitur, manifeſti juris eſt, eum, cui priori traditum eſt, in dominio eſſe potiorem*. Queſta maſſima (dice il Contraddittore) ha luogo ancora nelle alienazioni delle coſe feudali, ſecondochè, per teſtimonianza del Reggente Sanfelice, fu deciſo, *junctis duabus aulis S. C. in Collaterali Conſilio* (c). Aveva Antonio di Fiore venduto il feudo di Rotondo a Gianluigi Catalano, Giudice della G. Corte Criminale; ma non penſava il venditore di ſtipular l'iſtrumento, e di darne il poſſeſſo. Temendo il Catalano, che
8 nol vendeſſe ad altrui, gliene fece far divieto dal Giudice. Ciò non oſtante, il vendè colui per pubblico iſtrumento, munito di Reg. aſſenſo, e ne diè pure il poſſeſſo a Franceſco Mariconda. Il S. Conſiglio preferì, per lo ſuddetto teſto, il ſecondo compratore, come *potiore*, per virtù della tradizione. E non fu dato al Baron Euſtachio il poſſeſſo de' beni feudali di Caſtilenti:

poſ-

(a) *In cit. num.* 13.
(b) *In L. quotiens* 15. C. *de rei vind.*
(c) Sanfel. *deciſ.* 105.

poſſeſſo non mai dato alla Baroneſſa Maria?

Rilegga con più di attenzione il Difenſore del Marcheſe Sterlich quel, che di coteſta *Deciſione* ci laſciò ſcritto il Sanfelice, e vi troverà la riſpoſta. La prima vendita fu fatta non da Antonio di Fiore, utile padrone del feudo, ma dal figlio, che utile padrone non era: nè baſtava a ſoſtenerla la tacita *ratihizione* del padre, perchè, ſecondo le Leggi del Regno, i contratti ſopra roba feudale, per cui richiedeſi il Reg. aſſenſo, non vaglion per nulla, ſe non ſono celebrati per gli atti de' pubblici Notaj. Oltre a ciò, dinanzi al Giudice Catalano, era il venditore *inquiſito*: per la qual ſola circoſtanza, dice il Sanfelice, che *omnibus judicantibus viſum fuit*, eſſer quella prima vendita del tutto nulla, ſebbene ſe ne foſſe ſolennemente ſtipulato l'iſtrumento. Per coteſte ſaviſſime rifleſſioni, niun conto ſi tenne del divieto del Giudice, come di quello, che non appoggiavaſi, come ſi conveniva, in cauſa giuſta. Dunque, il primo compratore niun diritto, nè men *condizionato*, aveva acquiſtato per quel contratto, nè poteva acquiſtarlo nel tempo avvenire: e, per contrario, il ſecondo compratore, era in virtù del contratto, e del Regio aſſenſo, divenuto vero padrone del feudo. Or che ha che fare il caſo del Reggente Sanfelice col noſtro? Nel caſo del Sanfelice, il primo contratto era nullo, non ſolo per difetto della eſtrinſeca ſolennità dell'aſſenſo, ma ancora per altri intrinſeci vizj, che non ſi poteano nè men per l'aſſenſo emendare: onde il primo compratore non avea potuto acquiſtare alcun diritto: il ſecondo poi era un ſolenniſſimo, e validiſſimo contratto, per cui ſi era al ſecondo compratore un pieno diritto acquiſtato. Nel caſo noſtro, il contratto dotale, tuttochè mancaſſe allora il Reg. aſſenſo, non era nullo, e ben per eſſo acquiſtò diritto la

Baro-

Baroneſsa Maria. Ed è quì da tor via un equivoco.

8 Quel, che volgarmente ſi dice, non valere ſenza l' aſſenſo i contratti ſopra roba feudale, è da intendere per riſpetto della traslazion del dominio, o d' altro jus *in re*, non in quanto agli altri effetti, che ſuole qualunque valido contratto produrre: *Contractus rei feudalis*, ſon parole del medeſimo de Marinis (*a*), *abſque aſſenſu, non eſt omnino nullus, & in ſe valet, & obligatio, quae ex eo oritur, eſt in pendenti ſub ſpe convalidationis ex actu extrinſeco, ſcilicet aſſenſu Domini.* Ciò tanto è

9 vero, che paſſando agli eredi, e contra gli eredi le azioni naſcenti da' contratti (*b*), ben poſſono gli eredi di colui, che alienò, od ipotecò ſenza l' aſſenſo il feudo, coſtringerſi a ratificare il contratto, perchè l' aſſenſo s'

10 impetri. Così, dopo moltiſſimi, il noſtro Rodoerio (*c*): *Obligantis, vel alienantis heres, qui eſt omnino requirendus pro novo conſenſu, ad finem, ut valeat impetrari aſſenſus ſuper alienatione, vel obligatione de feudo a defuncto facta, poteſt ad talem conſenſum praeſtandum compelli, ac, ut defuncti contractum ratificet, cogi:* e 'l conferma per una Deciſione del S. Conſiglio, cui agevolmente ſi potrebbero aggiunger molte altre. Anzi, dove ſi tratti, come nel caſo noſtro, di doti, il cui favore è per Legge grandiſſimo, potrebbe l'aſſenſo impetrarſi, anche diſſentendo gli eredi: *Dotis favore*, ſoggiunge lo ſteſſo Rodoerio (*d*), *poteſt impetrari aſſenſus ſuper feudorum obligatione poſt obligantis mortem, etiamſi illius heres abſens ſit, vel diſcrepet novum conſenſum praeſtare:* ed è queſta, per teſtimonianza del Rodoerio, una

ſen-

(a) *In cit. cap.* 25. *num.* 9.
(b) *Tit. C. de hereditar. act.*
(c) *Ad* de Marin. *cit. c.* 25. *num.* 6.
(d) *Num.* 7.

ſentenza appreſſo noi *ricevutiſſima*, e ſi conferma per argomenti acconciamente tratti dal ſeno della Romana giuriſprudenza (*a*). Per contrario, la dazione *in ſolutum*, per cui ſi luſinga il Marcheſe D. Rinaldo di' avere il Baron Euſtachio acquiſtati i beni feudali di Caſtilenti, per eſtrinſeci, ed intrinſeci difetti fu nulla, come farò chiaro nel Capo ſeguente. Venendo ora al reſcritto de- 11
gl' Imperadori Diocleziano, e Maſſimiano, dico, che nel caſo noſtro non torna nè bene, nè preſſo. E primieramente notano gl' interpetri di quel luogo, che per la prelazione, baſta la tradizione finta: *Extende*, ſcrive il dotto Gomeſio (*b*), *etiam ſi primo ſit facta traditio per actum fictum, alteri vero per actum verum; adhuc enim praefertur primus, quia jus, poſſeſſio, traditio, vel effectus, qui reſultat ex actu ficto, dicitur eſſe verus, & perfectus, ſicut ille, qui reſultat ex actu vero, & naturali*. Or la legal tradizione, che nacque dal *coſtituto* in benefizio della Baroneſſa Maria, fu, come ſi è detto, anteriore. Secondamente, prego il mio Contraddittore, che voglia por mente alla importantiſſima voce *jure*, uſata dagl' Imperadori. Per eſſa, ci ſi volle fare intendere, che non ſempre il ſecondo compratore è preferito al primo in virtù della tradizione, ma nel ſolo caſo, che la ſeconda vendita ſia fatta *jure*, cioè, concorrendovi i *requiſiti*, per cui il ſecondo compratore acquiſti il dominio della roba, poichè quinci naſce la ragion vera della prelazione: *Ratio vera, & fundamentalis eſt* (dice lo ſteſso Gomeſio) *quia in emtorem, cui eſt facta traditio, translatum eſt dominium, & plenum jus rei mediante titulo, & traditione: unde merito praefertur alteri, qui ſolum titulum, & actionem perſonalem habet*. Or i requiſiti neceſſarj, perchè la ſeconda

(a) *V.* Rodoer. *ibid. num.* 7. 8. *&* 9.
(b) *Var. reſol. cap.* 2. *num.* 20.

vendita dir si posa fatta *jure*, sono il giusto titolo, e la buona fede, secondochè dal citato Gomesio s'insegna: *Intellige, ut procedat, quando secunda venditio alteri facta, fuit celebrata bona fide, sine dolo malo, & fraude.* E su'l Baron Eustachio, ed è oggi il Marchese D. Rinaldo possessore, che vantar posa giusto titolo, e buona fede? No di certo: ed ecco mi fo io a mostrarlo.

CAPO II.

Il Marchese D. Rinaldo possiede i beni feudali di Castilenti senza giusto titolo, e con mala fede.

IL Marchese D. Rinaldo esibisce per titolo del suo possesso la dazione *in solutum* dell'anno 1672. Ma fu quella del tutto nulla per estrinseci, ed intrinseci difetti. Il Baron Eustachio nel dì 16. del mese di Decembre dello stesso anno, impetrò l'assenso Regio, ma dentro i tempi legittimi non fece spedire le lettere dell'assecurazion de' vassalli, non prestò 'l giuramento di fedeltà, nè fece registrar l'assenso ne' quinternioni della Regia Camera della Sommaria, secondochè con clausole irritanti gli veniva prescritto nel medesimo assenso. Tanto bastava, perchè l'assenso si avesse per non interposto, e niun diritto al Baron Eustachio si acquistasse sulla feudalità di Castilenti. Di ciò non è chi posa dubitare. Se ci è, chi ne dubiti, uscirà di dubbio, leggendo il Reggente de Marinis (a). Morti poi il Baron Eustachio l'anno 1675, e 'l Baron Giandomenico

(a) *In cit. cap. 25. num. 7.*

nico l'anno 1682, era uopo, che dall'erede del Baron Giandomenico si ratificasse il contratto; e seguentemente si munisse dentro i legittimi tempi delle solennità, che si erano omesse. Chi ne potea dubitare? La cosa è tanto certa, che nulla più. Come cosa indubitatissima da' Dottori s'insegna, e nominatamente dal de Marinis (*a*): ed era ben nota al Baron Romualdo, figlio, ed erede del Baron Eustachio. Non fu'l Baron Romualdo colui, che, avendo Eustachio suo padre comperati dal Baron Carlo di Scotrano alcuni beni feudali; perchè non si era in vita del venditore registrato l'assenso, ricorse nel dì 18. del mese di Gennajo dell'anno 1672. alla G. Corte della Vicaria, perchè 'l colui erede si costringesse a ratificare il contratto? Ma ben conoscendo, quanto era dolosa quella dazione *in solutum*, non si lusingò di poter indurre l'erede del Baron Giandomenico a ratificarla; anzi, temendo di fargliene sospettare la nullità, pensò di usare una frode, per poterla, quandochè fosse, sostenere in alcun modo. Ricorse dunque alla R. Camera della Sommaria l'anno 1695, ed espose, che viveva ancora il Baron Giandomenico, e che aveva egli nel mese di Febbrajo dell'anno 1693. impetrata dal R. Collateral Consiglio la *dispensa* del decorso del tempo. Coteste due cose, precedente ordine della R. Camera, si riferirono come vere dal Razionale del Cedolario nel dì 25. del mese di Giugno del suddetto anno 1695: onde fu poi nel dì 7. del mese di Luglio, ordinata dalla Regia Camera la registrazion dell'assenso ne' Regj quinternioni. Ma coteste due cose, eran due sfacciate menzogne. La *dispensa* del R. Collateral Consiglio porta la data del dì 20. del mese di Luglio dell'anno 1695, onde nel tempo della relazione,

(*a*) *Ibid.*

ne del Razionale, e del decreto della R. Camera, non erasi ancora ottenuta; e'l Baron Giandomenico era già morto quattordici anni, e otto mesi prima. Finalmente, morto nell' anno 1697. il Baron Romualdo, il costui figlio, ed erede, ch'è l' odierno Marchese D. Rinaldo, abusando del suddetto decreto del dì 7. del mese di Luglio dell' anno 1695, estorto per menzogne, e per frodi, ottenne l' intestazione della feudalità di Castilenti. E come può sostenergli l' animo di pretender diritto su i beni feudali di Castilenti per sì fatta dazione *in solutum*? Fu quella un' alienazione di feudalità, fatta senza l' assenso del Principe, seguentemente per le note Leggi feudali, nulla del tutto. Di cotesta nullità fu persuaso il R. Fisco: che, mosso da quel, che'l Baron Eustachio omise, e da quel, che fece per frode il Baron Romualdo, nel dì 14. del mese di Maggio dell'anno 1756. diè fuori *risulta*, dichiarante nulla la suddetta dazione *in solutum*, e *rimasta presso del Baron Giandomenico Sterlich venditore la feudalità, e 'l dominio utile, e non essendo esistente la discendenza legittima in feudalibus del medesimo, devoluti i feudi alla R. Corte:* la qual *risulta* non ebbe poi effetto, perchè comparvero le Baroneſſe D. Irene, e D. Clorinda, discendenti di Giandomenico, e rivocaron la dazione *in solutum*.

Ma io voglio ancor fingere, che munito di Regio assenso fosse il contratto dell' anno 1672. Pur non potè fare, che alcun diritto acquistasse il Baron Eustachio su i beni feudali di Castilenti, come fatto senza causa, 13 e per collusione, e per dolo. Non si dubita, esser l'assenso una estrinseca solennità dell' atto, la quale, comechè suppliſca il difetto di tutte le altre estrinseche solennità (a), non può però supplire i difetti intrinseci, e su-

(a) Duran. *decis.* 397. *num.* 8. *& seq.*

e ſuſtanziali (*a*). Nè meno ſi dubita, che 'l difetto del- 14
la cauſa (*b*), e la doloſa colluſione (*c*), ſono vizj ſuſtanziali del contratto, i quali fanno, che 'l contratto o da principio, od in effetto non vaglia. Si eſamini ora quell' iſtrumento. In eſſo il Baron Giandomenico afferì, che creditore su quel feudo era il Marcheſe di Monteſilvano, Ottaviano Brancaccio, nella ſomma di ducati 2200. per iſtrumento ſtipulato dal Notajo Nicolantonio Fiorentino il dì 20. del meſe di Giugno dell' anno 1586: che nell' anno 1614. ne furon reſtituiti 1800: che non eſſendoſi pagate le terze del rimanente capitale di ducati 400. alla ragion convenuta del 9. per 100, fece il Brancaccio liquidare l'iſtrumento l'anno 1633. per la ſomma di ducati 1070. di capitale, e di terze: che per la ſuddetta ſomma ſi fecero ſpedire le lettere eſecutoriali: che queſte ſi rinnovarono dopo qualche tempo, per lo quale il creditor non ne usò: che ſeguentemente ſi ſottopoſero a ſequeſtro la giuridizione, e i beni feudali di Caſtilenti, e ſe ne ordinò la vendita per più decreti della G. Corte, e del S. Conſiglio: e che fu poi coteſto credito venduto al Baron Euſtachio per iſtrumento ſtipulato dal Notajo Antonio Finelli il dì 10. del meſe di Luglio dell' anno 1661. Dopo coteſte affertive, ſi coſtituì debitore del Baron Euſtachio nella ſomma di ducati 2816. per lo capitale de' ducati 400. ſolo, ed intero credito del Brancaccio nell' anno 1614, e per le terze, e per l' intereſſe fino al dì di quell'iſtrumento: e gli diè finalmente *in ſolutum* la Terra di Caſtilenti, precedente decreto

quod

(a) Sabelli *reſol. cap. 69. num. 10.*

(b) *V.* de Marin. *lib. 1. reſol. c. 73.*

(c) *L. in cauſſae 16. §. 1. de min. L. ex emto 11. §. 5. de act. emt.* Huber *in tit. ff. de dol. mal. num. 4.*

quod expedit, per un intereſſe, che aveva in quel contratto Geronima Sterlich minore; e ſebbene ſi foſſe quella Terra eſtimata ducati 3034, vale a dire, ducati 208. più del credito, ne fece al creditore un bel dono a titolo di *feſta*.

Per le coſe dette, ſi va chiaramente a conoſcere, che la cauſa del contratto tra 'l Marcheſe di Monteſilvano, e'l Baron Euſtachio, fu 'l credito, che avea colui ſulla Terra di Caſtilenti, e la cauſa pel contratto tra' Baroni Euſtachio, e Giandomenico fu lo ſteſſo credito trasferito per titolo di vendita in quel primo. Or coteſta cauſa, onde que' due contratti ſi fecero, del tutto, od in gran parte, fu falſa. A provar ciò, ecco io ſoggiungo alquante riſleſſioni, le quali, ſe preſe ſeparatamente l'una dall'altra non par, che baſtino, ſenza dubbio niuno, baſteranno unite inſieme.

L'iſtrumento, donde naſce il credito del Marcheſe di Monteſilvano, affatto manca, e ſolamente ſi enuncia nell'iſtrumento della vendita del credito fatta al Baron Euſtachio. Si è ſolamente prodotto il Reg. aſſenſo all'obbligo de' feudali della Caſa di Scorrano, che per quel credito s'interpoſe il dì 12. del meſe di Febbrajo dell'
15 anno 1587. Ma niuno è, che non ſappia (e 'l noſtro Giuſeppe de Roſa (*a*) l'ha meglio, che altri, moſtrato) che per l'aſſenſo non ſi prova il contratto. Nel ſuddetto iſtrumento della vendita del credito, ſi fan quaſi le ſteſſe aſſertive, che nell'iſtrumento della dazione *in ſolutum*. Mi giova di ripeterne alcune. Quivi ſi dice, ch' era quel credito di ducati 2078. *in circa*, de' quali 400. erano di capitale, e 670. di terze decorſe dall'anno 1614. ſino all'anno 1633. in cui ſi liquidò l'iſtrumento: e i rimanenti 1008. *in circa* d'intereſſe decorſo

per

(a) *V.* Joſeph. de Roſa *conſult.* 59. *a num.* 41.

per 28. anni, cioè dal dì della ſuddetta liquidazione ſino all'anno 1661. e che, oltre a ciò, ſi doveva al Brancaccio l'intereſſe delle terze decorſe ſino al dì della reſciſſione, il quale intereſſe non ſi era ancora liquidato, ma poi nell'iſtrumento della dazione *in ſolutum* da' Baroni Euſtachio, e Giandomenico ſi fece aſcendere a duc. 342.. Si dice ancora, che dopo molte oppoſizioni fatte dalla Caſa di Scorrano, eraſi dalla G. Corte ordinata la vendita de' beni del debitore. Detto ciò, ſi vende il credito colla clauſola *ſic, & prout ſpectat*: e ſi vende per altrettanta ſomma, a quanta aſcendeva, e ſi dona al compratore l'intereſſe delle terze in quel tempo non ancora liquidato, ma colla clauſola, *quatenus debeatur*, e con quell'altra, *& contemplatione dictae litis ſuper credito praedicto vertentis inter praedictos de Sterlich, & ipſum Marchionem*. Seguentemente ſi confeſſa dal venditore, che in conto de' ſuddetti ducati 2078. gli ſi eran pagati da Franceſcantonio Ricciardi, a nome del compratore, ducati 1653. cioè ducati 425. per lo Banco di S.° Giacomo, e gli altri 1228. per lo Banco della Pietà: e per riſpetto de' reſtanti 425. ſi conviene, che la metà ſe ne paghi in capo a tre meſi, l'altra metà in capo a cinque, ſenza intereſſe: e non fatto il pagamento dentro que' tempi, corra l'intereſſe del 7. per 100. Finalmente ſi promette dal venditore non l'*eſigibilità*, ma la ſola *verità* del credito, e l'evizione da coloro ſolamente, da' quali eſso venditore avea cauſa, e i quali aveſſer cauſa da lui: e caſo che per fatto d'altrui ſegua l'evizione, eſpreſsamente ſi vuole, che non ſia il venditore tenuto *nec ad pretii reſtitutionem, nec ad aliquid aliud*.

Or che ci è di veriſimile nel contenuto in coteſto iſtrumento di vendita? Nulla. Se ci è, chi creda altrimenti, io dirò, che gli manca del tutto il ſenſo comune.

mune. Se ne notino di grazia le circoſtanze. I. Una parte del credito, che ſi vende, è l'intereſſe decorſo dall'anno 1614. in cui l'iſtrumento ſi liquidò, ſino all'anno 1661. aſcendente alla ſomma di duc. 1008. Dunque il creditore non eſigè dentro quel tempo nè meno un ſoldo, altrimenti ſarebbeſi diminuito l'intereſſe: e pure ſi ſpediron dentro quel tempo le lettere eſecutoriali, e ſi ſottopoſero i beni del debitore a ſequeſtro. E qual coſa è di queſta più inverisimile, e ſtrana? II. Quel creditore, che dentro quel tempo nulla eſigè, certamente ſoggiacque alle troppo neceſſarie ſpeſe delle lettere eſecutoriali, del ſequeſtro, e de'decreti ordinanti la vendita de'beni del debitore: e poichè nell'iſtrumento ſi dice, che ſi dovettero ſuperare *molte difficoltà fatte per parte* del debitore, è da credere, che non a picciole ſpeſe ſoggiacque. E di coteſte ſpeſe, che accreſceano il credito, non ſi tien conto nell'iſtrumento. Il creditore non le riſerva per ſe, non le dona al debitore, nè le dona, o le vende al compratore. Ciò non è verisimile. Si avrebbe a ſupporre, che l'eſatto dentro quel tempo, aveſſe del tutto pareggiate le ſpeſe. Ma ciò, comechè poſſibile, molto meno ha ſimiglianza di vero. III. Il credito, che ſi vende, è di duc. 2078. *in circa*. La clauſola *in circa*, poteva accreſcerlo, e potea ſcemarlo di qualche ſomma: e nel dubbio, verisimilmente non avrebbe un uomo accorto data per acquiſtarlo la ſomma effettiva di duc. 2078. IV. Quel credito di duc. 2078. per le circoſtanze, che ne ſcemavano il prezzo, era impoſſibile, non che inverisimile, che da un uomo mezzanamente avveduto, ſi comperaſſe ducati 2078. effettivi. La mala qualità del credito, e del debitore, la difficoltà della eſazione, e i patti appoſti in grazia del venditore, non ſi dubita, che ſcemino il prezzo d'aſſai. La coſa è tanto chiara, che

non

non ci è uopo a confermarla di autorità di Leggi, o di Dottori. Or le circoſtanze ſon queſte. Il credito di ſua natura era litigioſo, e 'l confeſsarono le ſteſse parti nell'iſtrumento, ove, *a contemplazion della lite vertente ſul credito*, ſi donò dal Brancaccio ad Euſtachio l'intereſse delle terze non liquidato. Era il debitore moroſo a ſegno, che dall'anno 1614. ſino all'anno 1633. non avea pagate terze. Liquidato l'iſtrumento, l'anno 1633. paſsarono altri anni 28., e dentro lo ſpazio di tempo sì lungo, nulla potè 'l creditore eſigere, tuttochè ſpedite ſi foſsero le lettere eſecutoriali, e ſottopoſti i beni a ſequeſtro. Eraſi dopo molti atti ordinato dalla G. Corte, che ſi vendeſsero i beni del debitore. Per potere il Baron Euſtachio rifarſi de' duc. 2078. ch'e' dava, dovea ſoggiacere alle neceſsarie ſpeſe dell' apprezzo, e della vendita, ed aſpettare ſino a che ſi trovaſse chi voleſse comperargli. Finalmente ſi appoſe a quella vendita l' 16
eſpreſso patto, che, ſeguendo l' evizione non per fatto del venditore, nè di coloro, da' quali il venditore aveſſe cauſa, o i quali aveſser cauſa dal venditore, ma per fatto d'altrui, non foſse il venditore tenuto *nè alla reſtituzione del prezzo, nè ad altro*. Ecco un patto quanto utile al venditore, tanto dannoſo al compratore. Se coteſto patto non ſi foſse eſpreſsamente appoſto, ſeguendo l' evizione per fatto d' altrui, quel vendi- 17
tore, che alla evizione non era tenuto, ſarebbe ſtato certamente tenuto alla reſtituzion del prezzo, la quale in ciò differiſce dalla evizione, che contien queſta ogni altra utilità, quantunque eccedente il prezzo, che ſi pagò: onde in un luogo delle Pandette, opponendoſi al *prezzo*, vien detta *utilità* (a). Così leg-

(a) *In L. ex emto* 11. §. *qui autem, ult. ff. de act. emti*.

go appresso Ulpiano (*a*): *Qui autem habere licere promittens vendidit, videamus, quid debeat praestare. Et multum interesse arbitror, utrum hoc polliceatur, per se, venientesque a se personas non fieri, quominus habere liceat, an vero per omnes; nam si per se, non videtur id praestare, ne alius evincat: proinde, si evicta res erit . . . . non tenebitur. Sed Julianus, lib.* XV. *Digest. scribit, etiamsi aperte venditor pronuntiet, per se, heredemque suum non fieri, quominus habere liceat, posse defendi, ex empto eum in hoc quidem non teneri, quod emtoris interest* (ecco l'evizione); *verumtamen, ut pretium reddat, teneri*, essendo contrario alla buona fede, *ut emtor rem amittat, & pretium venditor retineat*. Nè si creda, esser cotesta una sottigliezza degli antichi Giurisconsulti Romani, forse non ricevuta nel foro. La differenza tra i culti interpetri delle Leggi, e i forensi, è questa sola, che i primi han quella dottrina per una massima, di cui non sia da dubitare: i secondi l'han per una opinione, la qual però fu chiamata dal giudiziosissimo Cardinal de Luca (*b*), *probabilior, magisque recepta, nisi alias implicita, vel explicita conventio suadeat*, presumendosi in virtù di cotesta convenzione donato il prezzo. Non mi è ignoto, che, comentando il Fabro alcune altre parole di Ulpiano, le quali immediatamente seguono, pretende (e forse non s'inganna) esser nulla una sì fatta convenzione; ma l'han per buona quasi tutti gli antichi interpetri, e tutti i forensi, senza contraddetto di alcuno. Ed ecco il vantaggio, che trasse da quel patto il Marchese di Montesilvano. Si liberò per esso dal rischio, che avrebbe potuto correre di restituire un giorno i 2078. ducati. In somma, quanto in quell'istru-

(a) *In dict. L.* 11. §. *ult.*

(b) *In summ. de emt. & vend. num.* 33.

ſtrumento ſi afferì, quanto quivi ſi convenne, tutto dovea ſcemare il prezzo di quel credito: e pure non lo ſcemò per nulla. A più ſcemarlo parea, che ſolo mancaſſe, che 'l compratore ſenza dilazione il pagaſſe. Ma nè men coteſto mancò. Non alla preſenza del Notajo, e nel tempo dell'iſtrumento, ma primachè l'iſtrumento ſi ſtipulaſſe, avea ricevuto il venditore, ſecondochè da lui ſi confeſſa, la conſiderevoliſſima ſomma di duc. 1653. e per lo pagamento de' reſtanti 425. ſi diè non altra dilazione, che di pochi meſi. Ma ſi fece al compratore un bel dono dell' intereſſe delle terze non liquidato. O il gran dono, che gli ſi fece! Primieramente io non ſo, ſe ſi dovea: ſo, che ne dubitò lo ſteſſo Marcheſe di Monteſilvano, che 'l donò colla clauſola, *quatenus debeatur*: ſo, che 'l noſtro Rovito, dopo il Bartolo, e 'l Baldo, inſegnò (a), che 'l 18
creditore, il quale laſciò per lungo tempo di eſigere l' intereſſe delle terze, in pena di ſua negligenza, è giuſto, che 'l perda: e non dovea perderlo il Marcheſe di Monteſilvano, che non curò mai d' eſigerlo per lo ſpazio d' anni 28? Secondamente, quando pur ſi foſſe dovuto, era quello un dono di ſoli ducati 342. a quanto ſi fece poi aſcendere nell'iſtrumento della dazione *in ſolutum*, o, per meglio dire, un dono d' un' azione per pretendere quella ſomma: azione, la quale, per quelle medeſime riflеſſioni, che per riſpetto dell'intero credito ſi ſon fatte, ſarebbeſi venduta appena pochi ducati. E poteva un sì vil dono incurre un uom ſano a comperare per duc. 2078. effettivi un credito, che 'n virtù di quell' *in rem*, poteva eſser anche minore? Un credito, che non ſenza qualche ſpeſa, e con ſomma difficoltà ſi farebbe eſatto? Un credito, che potea perderſi un giorno, ſenza la ſperanza della reſtituzion del prezzo, non che del riſacimento de' danni patiti? Il cre-

(a) *Deciſ.* 43. *num.* 9. & 10.

da chi può. Non l'avrà certamente nè per vero, nè per verisimile, chi non è disennato del tutto. In un sol caso avrebbe sì fatta vendita potuto accadere, se fosse stato il Baron Eustachio uno de' più spensierati, e de' più sciocchi del mondo. Ma costa dagli atti, ch' e' fu pienissimo d' accorgimento. Ne fan fede i tanti acquisti, ch' e' fece: massimamente quello, che gli riuscì di fare per la dazione *in solutum* dell' anno 1672. come in appresso farò vedere.

Ed ecco, come la forza d' un mero raziocinio ci dee far credere, che nella più gran parte almeno, nè 'l credito, nè 'l prezzo fu vero. Si ammiri ora un bel tratto della Divina provvidenza. La Divina provvidenza ha permesso, che a confermazion della pruova congetturale da me fatta sinora, avesse lo stesso Marchese D. Rinaldo presentate ultimamente le due *partite* de' Banchi di S. Giacomo, e della Pietà, mentovate nell' istrumento. Per rispetto della *partita* di S. Giacomo, è da sapere, ch' essendo stato al Baron Eustachio *girata* da Paolo Pisani una fede di credito di ducati 500. ne fece colui due *in testa sua*, l' una di duc. 425. l' altra de' rimanenti 75. e *girò* la prima a Francescantonio Ricciardi, *per la causa da esso esplicanda*. La spiegò poi il Ricciardi, dicendo, che pagavagli al Marchese di Montesilvano *in nome, e di proprii denari di Eustachio Sterlich, Barone di Cermignano, a complimento di duc. 1653. atteso gli altri duc. 1228. gli avea ricevuti da esso per lo Banco della Pietà: e detti duc. 1653. sono in conto di duc. 2078. per l' intiero prezzo d' un credito di simil somma*. Cotesta *girata* è del dì 24. del mese di Agosto: ed ecco falsa l' asfertiva fatta nell' istrumento del dì 21. del mese di Luglio, che si erano dal Brancaccio ricevuti per lo Banco di S. Giacomo duc. 425. Costa, è vero, per la suddetta *partita*, che fu poi quella somma al Brancaccio

cio pagata per lo Banco di S. Giacomo; ma ci è nella *girata* un' altra falsa asfertiva. Quel, che quivi si asserì del pagamento antecedentemente fatto dal medesimo Ricciardi a nome del Baron Eustachio al Brancaccio d' altri ducati 1228. per lo Banco della Pietà, tanto è falso, che nulla più. Prima del dì 24. del mese d'Agosto, ch'è 'l dì di quella *girata*, non si era fatto dal Ricciardi al Brancaccio alcun pagamento per lo Banco della Pietà: e molto meno poteva essersi fatto prima del dì 21. del mese di Luglio, come pur falsamente si asserì nell' istrumento di quel giorno. Il Signor Presidente Commessario si degnò di venire al Banco, e, presenti le parti, osservò su i libri le seguenti cose, di cui l' Archivario fa fede. Quattro introiti fece il Ricciardi nel Banco della Pietà dal mese di Gennajo fino al dì 28. del mese di Luglio dell' anno 1661, il primo nel dì 26. del mese di Gennajo, il secondo nel dì 11. del mese di Aprile, il terzo nel dì 2. del mese di Giugno, e 'l quarto nel dì 28. del mese di Luglio. Gli fece tutti e quattro *con fede in testa sua*: ma non *girò* mai danaro al Brancaccio. Ecco falsa l' asfertiva dell' istrumento. Dal dì 28. del mese di Luglio, fino al dì 24. del mese d' Agosto, nè credito alcuno avea nel Banco, nè nuovo introito vi fece. Ecco falsa l' asfertiva della *girata*. Dal dì 24. del mese di Agosto, fino al fine dell' anno, fece un solo introito nel dì 9. del mese di Settembre, e 'l fece di ducati 1228. *per cassa*, e gli *girò* per la vendita del credito al Brancaccio. Ma quì si vuol notare, che gli altri introiti di quell' anno dal Ricciardi si fecero, come si è detto, *con fede in testa sua*: onde non si può dubitare, che aveva effettivamente messo il danaro nel Banco. Non così fece l' ultimo del dì 9. del mese di Settembre. Il Cassiere maggiore non vi appose alcun segno nè di *fede*, nè di *notata*, nè

di

di *depoſito*, ſecondochè dovea fare, ſe v' era effettivamente nel Banco il danaro. Notiſi ancora, che ſebbene ſi doveſſero ſciorre più vincoli, ed adempire più condizioni, nondimeno lo ſteſſo dì dell' introito ſi ſpeſero *per Brancaccio* con poliza in data del dì 22. del meſe di Luglio, e con mandato del Giudice d' Afflitto in data del dì 19. del meſe di Agoſto, quandochè certamente non v' era il danaro nel Banco ne' due dì di que' due meſi. Tanto il Signor Preſidente Commeſſario oſſervò: di tanto l' Archivario fa fede: e tanto baſta a farci chiaramente conoſcere, che la *partita* del Banco della Pietà fu *paſſatora*. Dunque i duc. 1228. non ſi pagarono: e poichè non ci è documento, che oltre i ducati 425. pagati per lo Banco di S. Giacomo, ſi foſſero poi pagati gli altri ducati 425, che in virtù dell' iſtrumento ſi dovean pagare parte in capo a tre meſi, parte in capo a cinque: ed oltre a ciò, le menzogne del venditore, e del compratore, ci debbono far preſumere il peggio; è neceſſariamente da dire, che per ſoli 425. ducati fu comperato quel credito. La tenuità del prezzo, per lo quale ſi vende un credito di duc. 2078, cui ſon d' aggiungere altri ducati 342. d' intereſſe di terze, de' quali al compratore ſi fa dono: il non tenerſi alcun conto delle molte ſpeſe, che per più anni avea fatte il venditore, e la ſomma inverisimilitudine di quel, che nell'iſtrumento ſi dice, che dentro lo ſpazio di ben 28. anni nè per lettere eſecutoriali, nè per ſequeſtro di beni, ſi potè mai eſigere un ſoldo; ſono evidentiſſime pruove, ch' era quel credito nella più gran parte non vero, altrimenti non ſi farebbe a sì vil prez-
19 zo venduto. Per riſpetto poi del dolo, le ſegrete arti uſate dal Baron Euſtachio, per tenere altrui celato il vero prezzo del credito, e i tanti *poſitivi mendacj*, che ſono nell'iſtrumento, e nelle *girate*, chiariſſimi indizj

ne

ne danno. Così Papiniano insegnò (*a*): così 'l Cujacio (*b*): così 'l Cardinal de Luca (*c*). Ed ecco un contratto, nella più gran parte almeno, fatto senza causa, e per frode: ecco, che possono i miei Clienti direttamente pretendere, che si esibisca l' istrumento, donde nasce il credito del Marchese di Montesilvano, e che si esibiscano gli atti spediti nella G. Corte, e nel S. Consiglio per la liquidazion dell' istrumento, per le lettere esecutoriali, per lo sequestro, e per la vendita de' beni della Casa di Scorrano; i quali si asseriscono, ma non se ne notano nè i tempi, nè gli attitanti. Quanto quivi si asserisce, tutto è sospetto.

Ma 'l Baron Giandomenico, ch'era il debitore, ebbe per vero nell' istrumento della dazione *in solutum* non solo l'intero credito del Brancaccio, ma 'l pagamento ancora fatto dal Baron Eustachio di tutti i duc. 2078. altrimenti non avrebbe data *in solutum* la Terra di Castilenti, il cui valore eccedeva il prezzo del credito.

A cotesta objezione, agevolmente rispondesi. Non potendosi dubitare, che 'l Baron Eustachio pagò soli duc. 425. per lo Banco di S. Giacomo, nè men si può dubitare, che più della somma effettivamente pagata non potea ripetere dal debitore. Di ciò non ci lascian dubitare le notissime Costituzioni degl' Impp. Anastasio, e Giustiniano (*d*). Ma per lo credito di soli 425. ducati, e per le legittime usure, che per pochi anni n' eran

(a) *In L. miles* 11. §. 1. *ad L. Jul. de adult.*

(b) *In dict. L. miles*, §. 1.

(c) *De censib. disc.* 12. *num.* 5, *& de tutor. disc.* 16. *num.* 5.

(d) *In L. per diversos* 22. *& L. ab Anastasio* 23. *C. mand.*

eran decorſe, gli fu data la Terra di Caſtilenti eſtimata con enormiſſima leſione duc. 3034. Dunque il contratto della dazione *in ſolutum*, fu nella più gran parte fatto ſenza cauſa. Si foſse almen fatto ſenza dolo. Ma del dolo d'Euſtachio Sterlich, ſono in eſſo non meno, che nel contratto della vendita del credito, manifeſtiſſimi ſegni. Del Baron Giandomenico, biſavolo materno de' miei Clienti, mi piacerebbe di poter dire, che ſi foſſe laſciato, come uom ſemplice, ingannare dall' accortiſſimo Euſtachio; ma troppo chiare ſono le pruove, che non men Giandomenico, ch' Euſtachio, fece quell' iſtrumento per colluſione, e per dolo: e le pruove ſon queſte. Il credito del Marcheſe di Montefilvano era tale, che ſi vendè ſoli duc. 425. E'l Baron Giandomenico paga col prezzo della Terra di Caſtilenti tutti i duc. 2078! paga di più duc. 342. d'intereſſe di terze al Baron Euſtachio donato colla clauſola, *quatenus debeatur*! paga altri ducati 396. d' intereſſe decorſo dal dì della vendita del credito fino al dì della dazione *in ſolutum*! paga in ſomma duc. 2816. a colui, che aveva acquiſtato il credito con ſoli 425! E che gli poteva accader di peggio, ſe da pubblico iſtrumento ſtipulato pochi anni prima tra lui, ed Euſtachio, naſceva il credito de' duc. 2816. ch' e' gli pagò per la ceſſione d' un credito antico, e litigioſo? Pur non furon ſazie le ingorde voglie di Euſtachio Sterlich. Si eſtimò la Terra di Caſtilenti duc. 218. più de' ſuddetti duc. 2816. Preteſe Euſtachio, che gli ſi rilaſciaſſero *a titolo di feſta*: e Giandomenico gliene fece un bel dono. Ma o quanto leſivo fu l'apprezzo di quella Terra! Il terreno feudale ſi apprezzò men di carlini 20. al tomolo. Si può ſentir leſione di queſta più enorme? L'anno 1633. vendè la ſteſſa Caſa di Scorrano alcune porzioni del feudo ruſtico di Tizzano, ch' è poſto dentro i confini della

mede-

medesima Terra di Castilenti, duc. 5. ½, e duc. 6. ½ al tomolo. L'anno 1671. il vendè la stessa Casa, anzi lo stesso Baron Giandomenico dentro i medesimi confini, duc. 20. L'anno 1677. un tal Martelli, che ne possedea dentro i medesimi confini, il vendè duc. 13. ½. Finalmente il Baron Romualdo, figlio di Eustachio, comperò l'anno 1696. per duc. 4625. una porzione di Castilenti, ch'era per quantità, e per qualità molto men pregevole delle porzioni date al di lui padre *in solutum* per duc. 2816.. E' quì sol da notare, che l'adoa delle porzioni date al Baron Eustachio *in solutum*, ascendeva a duc. 6. 58. quandochè l'adoa della porzione comperata da Romualdo giungeva appena a carl. 18: e non è da omettere, che coteste adoe si pagavano giusta'l ripartimento fatto ad istanza del medesimo Romualdo. Ma io non ho detto ancor tutto. Nell'apprezzo, non si tenne alcun conto nè del palagio Baronale, nè del padronato dell'Arcipretura. Questo, e quello, si donarono al creditore. E' ben difficile, che a tanto giunga l'umana semplicità: nè tanta semplicità si dee presumere nel Baron Giandomenico, cui fu dal Re conferito il Baliato della Baronessa Geronima, figliuola di suo fratello. Il Baliato è un pubblico uffizio, per lo quale somma avvedutezza è richiesta. Or se chi è scelto dal 21
Principe, è da presumere idoneo (a), uom molto avveduto è da dir, che fosse Giandomenico Sterlich. Ma che parlo io di semplicità? Da quell'istesso Baliato, di cui ho fatta menzione, nasce un grande argomento di malizia e di dolo. Nell'istrumento della dazione *in solutum*, si dice, che de' beni feudali di Castilenti la quarta parte appartenea alla suddetta Baronessa Geronima (se non che 'l prezzo di essa fu parimente dato in do-

(a) *L. disputare 2. Cod. de crim. sacril.*

te alla Baroneſſa Maria) e ch' era pur colei per la quarta parte debitrice del Brancaccio, e ſeguentemente d' Euſtachio Sterlich. Or ſe potea Giandomenico donare il ſuo, non potea certamente donar l' altrui: nè di ciò può chiccheſſia allegare ignoranza. E come potè, ſenza dolo, donar la roba di ſuo nipote? Doveva ancor ſapere (e chi è, che nol ſappia?) che i beni de' minori, non ſi poſſono alienare ſenza la pubblicazion de' bandi, ſenza il giuridico apprezzo, e ſenza il decreto del Giudice: ed e' di fatto il ſapea. Qualche tempo prima della dazione *in ſolutum* dell' anno 1672. avea comperato lo ſteſſo Euſtachio alcuni beni, comuni allo ſteſſo Giandomenico, ed alla ſteſſa Geronima; e non ignoto a Giandomenico fu 'l decreto dalla G. Corte interpoſto nel dì 10. del meſe di Febbrajo del ſuddetto anno: *Fiant banna pro venditione bonorum.*

Ma ſulla dazione *in ſolutum* della quarta parte ſpettante alla minore, fu dalla G. Corte, ad iſtanza di Giandomenico, interpoſto, *capta informatione*, il decreto *quod expedit*, e fu nell' iſtrumento di quella dazione inſerito.

Ecco nuovi, e più forti argomenti di colluſione, e di dolo. Ad agevolare la dazione *in ſolutum*, eſpoſe il Baron Giandomenico alla G. Corte, che per lo credito del Brancaccio, trasferito in Euſtachio Sterlich, ſi erano obbligati i beni feudali della Caſa di Scorrano, *e particolarmente la Terra di Caſtilenti*, e *ſi era ottenuto il Regio aſſenſo*. Riuſciva così molto agevole di dar quella Terra *in ſolutum*. Ma ciò non era vero, e 'l Baron Giandomenico il ſapea bene. Nell' aſſenſo non ſi nominò *la Terra di Caſtilenti*, anzi non oſcuramente ſi eſcluſe. A conoſcere, che non vi ſi nominò, baſta legger l' *aſſenſo*. A conoſcere, che non oſcuramente ſi eſcluſe, è da riflettere, che 'l debitore non chieſe con formole

ge-

generali, od almeno indefinite, l'assenso per l'obbligo de' feudali, ma spezialmente il chiese per l' obbligo di alcuni suoi beni feudali, ch' espresse così: *Lo Poggio Camardesco, Carmignano, alias la Serra Aquilano, lo poggio della Rosa, e la Mortola, e la Colta di S. Maria della Terra di Scorrano:* e seguentemente il Principe prestò l'assenso a quell'obbligo, dicendo, *super primis fructibus DICTORUM FEUDORUM*. Ciascun sa, che sono gli assensi di così stretta interpetrazione, che non si estendono da cosa a cosa nè per uguaglianza, nè per maggioranza di ragione (*a*). Tacque ancora il Baron Giandomenico il dono, che al creditor si facea del palagio Baronale, e del padronato dell' Arcipretura: dono, che, se si fosse esposto, non si sarebbe menato buono dalla G. Corte. Finalmente quell' alienazion si fece senza la pubblicazion de' bandi, e senza il giuridico apprezzo. Per l' uno, e per l' altro atto, richiedeasi non breve spazio di tempo. E cotesto tempo non ci fu. Il decreto *quod expedit*, fu chiesto nel dì 31. del mese di Marzo, ed interposto, *capta informatione*, nel dì 4. del mese di Aprile. E non è questa una evidentissima pruova di dolo? Il Baron Giandomenico mancò di certo al suo debito, senza che potesse allegarne ignoranza: e reo è di dolo, chi non fa quel che dee. Così per un bel testo di Paolo (*b*), scrisse la Ruota Romana (*c*): *Dolo carere non videtur is, qui facit, quod facere non debuit.* 22 23

Resta l' ultimo argomento del dolo di Giandomenico,

(a) Ilsern. *de feud. tit. qualiter olim pot. feud. alien. num.* 4., *& ibi* Liparul. *lit.* R. Freccia *de subfeud. lib.* 2. §. nono quaero, *num.* 2.

(b) *L. dolo* 41. *ad L. Falcid.*

(c) *Rec. p.* 17. *decis.* 88. *num* 4.

nico, contra cui non ci è scampo. Se reo è di dolo chi fa quel, che non dee, come non ne sarà reo il Baron Giandomenico, dando *in solutum* al Baron Eustachio i beni feudali di Castilenti, dappoichè ne avea dotata la figlia, ed erasi obbligato di non alienargli? Quest'obbligo, e quella dotazione, non si poteano da lui ignorare,
24 conciossiachè non si ammetta dalle Leggi l'ignoranza del proprio fatto (*a*). Non era poi un fatto di tempi così lontani, che avesse colui potuto dimenticarlo: Nel dì 26. del mese di Giugno dell'anno 1665. si eran sottoscritti i Capitoli, e quivi si dicea: *Per dote, e in nome di dote, esso Signor Barone Giandomenico padre, promette di dare alla detta Signora Maria . . . tutte quelle azioni, e ragioni, che ave sopra la giurisdizione, e beni feudali nella Terra di Castilenti sequestrati dal Sig. Baron Eustachio Sterlich, tali quali sono, salvo, e reservato il Regio assenso, da ottenersi a spese di detto Signor Gennaro, futuro sposo: con patto, che nascendo lite attiva, o passiva, si mantenga a spese di detto futuro sposo, senza che possa ridimandarle nè sopra li beni dotali, e dati in dote, nè da esso Sign. Barone dotante, e suoi eredi, nè meno l'interesse dell'evizione, che seguisse per detti beni.* Ciò fu poi meglio spiegato nell'istrumento del dì 14. del mese di Settembre dell'anno seguente. Ma di cotesto istrumento si sono da' Baroni Coletti prefentate due copie. Nella prima, che fu tratta da un'altra copia, si legge: *E perchè nelli suddetti Capitoli matrimoniali la parte, e beni di Castilenti, stanno assegnati per dote, tali quali sono, esso Sign. Barone Giandomenico dichiara, che ciò s'intende in quanto alli crediti, che vi sono del Sign. Eustachio Sterlich, e non in altro modo, e segno*

ra-

(a) *V. L. quamquam 8. ad Vellejan. & ibi Gloss. fam.*

sale, che, trovandosi li beni alienati in qualunque modo da esso Sig. Barone Giandomenico, debba rinfrancarlo a detti Sign. Conjugi per la somma, che importerà l' alienazione, che forsi si troverà. Secondo questa lezione, ha preteso in una sua istanza il Marchese D. Rinaldo, che si avesse il Baron Giandomenico riservata la facoltà di liberamente alienare que' beni, che assegnava in dote: e che, alienandogli, restava esso debitore del prezzo, senza che si potesse dar molestia al possessore. Ma nella seconda copia, che ultimamente si è tratta dall'original protocollo, presenti il R. Giudice, e l'Attuario del luogo, si leggono alcune altre parole omesse nella prima, che di qualunque dubbio ci traggono, e quì si trascrivono con carattere diverso: *Trovandosi li beni alienati in qualunque modo da esso Sig. Barone Giandomenico, PRIMACHE' FOSSE ASSEGNATO PER DOTE, UT SUPRA, E PRECISE NELLA DIVISIONE FATTA COL SIGNOR CARLO SUO FRATELLO, IN TAL CASO, debba rinfrancarli DETTA PARTE DI DOTE SOPRA ALTRI BENI DI ESSO SIGNOR BARONE GIANDOMENICO, AD ELEZIONE di detti Signori conjugi.* Mostran chiaro le trascritte parole, che 'l Baron Giandomenico espressamente parlò di alienazione precedente la costituzion delle doti: e che fece divieto a se stesso di qualunque alienazione futura. Perchè dunque contra i patti giurati nell'istrumento dotale, e senza saputa, anzi con danno della figlia, e del genero, diè que' beni *in solutum* l' anno 1672? Gli diè certamente per collusione e per dolo. Altra ragione non se ne potrà mai assegnare. Si aggiunge, che niuna necessità lo stringea. Ne' Capitoli si era detto, che que' beni si trovavan sequestrati ad istanza del Barone Eustachio, ed erasi espressamente convenuto, che la figlia, e 'l genero portar doveano il pericolo della lite.

E per-

E perchè dunque, se gli si recava molestia dal creditore, perchè non denunziarlo alla figlia, ed al genero? perchè dargli esso *in solutum*, involgendosi volontariamente in una lite, che gli poteano muover contro la figlia, e'l genero, quandochè con una semplice denunzia se ne poteva agevolmente trar fuori? Da' Dottori comunemente s'insegna (*a*), che ciascun dee fare quel, che a se non nuoce, e giova ad altrui, e che 'l non farlo è segno manifestissimo di mal talento: e s'insegna così pe' generali principj della umanità, anche dove non ci sia convenzione, donde nasca l'obbligo di fare, o di non fare. E che direm noi del Baron Giandomenico, che, violando le giurate promesse, fece quel, che a se non giovava, ed alla figlia, ed al genero positivamente nuocea? Se non che, farei io troppo semplice, se credessi, che diè colui a quel modo la Terra di Castilenti *in solutum*, senza fare il suo pro. Quel, che ci fa mancare a' nostri doveri, è per lo più l'interesse: e l'interesse sospinse Giandomenico Sterlich a fare il contratto a quel modo. Sulla Terra di Castilenti non restava a lui, che sperare. Erasi promessa in dote alla figlia. Se avesse Giandomenico denunziata alla figlia, ed al genero la molestia, che davagli Eustachio Sterlich, avrebber coloro fatto ben esaminare il credito, e l'assenso, e quando necessaria fosse stata la vendita di quella Terra, l'avrebbero fatta vendere non a prezzo sì vile; ma niuna utilità ne avrebbe egli ritratta. Per contrario, ammettendo egli, come fece, il credito di Eustachio nella somma di duc. 2816. e facendo ascendere in grazia del creditore il prezzo della Terra a poco più, potea dividere col creditore quella considerevolissima parte di prezzo, ch' eccedeva il credito, a danni della figlia, e del

(a) Rosa, *prax. decret. cap.* 10. *num.* 58.

del genero. Unite insieme le riflessioni, che si son fatte su i due istrumenti dell'anno 1661. e dell'anno 1672. ci costringono a credere, che così fosse andata la cosa. Or come può vantar giusto titolo, e buona fede il Marchese D. Rinaldo? Come può pretender diritto sulla Terra di Castilenti? Il difetto dell'assenso, e 'l dolo manifesto, che diè causa al contratto dell'anno 1672. fan, ch'e' sia un ingiusto *detentor* di que' beni. Oltre a ciò, poichè 'l vero credito, per cui furon dati *in solutum*, era di poche centinaja di ducati, si è già da gran tempo estinto per quella compensazione, che, secondo le Leggi, *ex omnibus actionibus ipso jure fit* (*a*): ond' è ben giusto, che si condanni ancora alla restituzion de' frutti dal dì, che quello estinse.

E ricorre invano alla prescrizione il Marchese D. Rinaldo. La prescrizione, secondo le Leggi del nostro 26
Regno (*b*), non giova altrimenti, che quando abbia i requisiti del jus Canonico: e i Canoni, derogando al jus Civile, non ammettono prescrizione di qualunque lunghissimo tempo, se 'l principio sia difettoso, cioè, se 'l titolo non sia giusto, e se compagna del possesso in ogni tempo non sia la buona fede (*c*). E sarà giusto titolo nella causa presente una dazione *in solutum* di beni feudali senza assenso? Sarà giusto titolo un contratto fatto, ed eseguito con dolo? E vi sarà buona fede, ov' è dolo? Che se, posta la mala fede del primo autore, non può l'erede possessor di buona fede valersi della prescrizione; come se ne potrà quell' erede vale-

re,

(a) *L. ult. C. de compensat.*

(b) *Si vegga il decreto del S. Consiglio approvato con Real Dispaccio del dì 15. del mese di Decembre dell' anno 1742.*

(c) *In cap. vigilanti, & cap. ult. de praescript.*

re, che non men, che'l primo autore, è ſtato in mala fede? Della mala fede degli eredi di Euſtachio Sterlich, ſi ſon prodotti chiariſſimi documenti. Ed è intollerabile l'abuſo, che'l Difenſore del Marcheſe D. Rinaldo, per difenderlo colla preſcrizione, ſa delle Leggi del noſtro Regno, ov'è ſcritto: *In tertio poſſeſſore bonam fidem praeſumendam eſſe, ideoque lapſu 30. annorum a die natae actionis legitima praeſcriptione eum recte uti poſſe*; poichè primieramente il Marcheſe D. Rinaldo non è terzo poſſeſſore, ma erede: e dell'erede nelle ſuddette Leggi è ſcritto: *Neque heredem, licet bonae fidei, qui poſſeſſori malae fidei ſucceſſerit, praeſcriptione juvari unquam poſſe*: ſecondamente, quando pur foſſe terzo poſſeſſore, gli gioverebbe la mera preſunzione della buona fede, *in tertio poſſeſſore bonam fidem PRAESUMENDAM eſſe*: or ſi sa, che poſſono le preſunzioni nel ſolo dubbio giovare, e debbono in fine cedere al vero: onde cederebbero nel noſtro caſo alle chiariſſime pruove, che ſi ſon fatte della mala fede di Romualdo Sterlich, e dell'odierno Marcheſe. Che ſe a moſtrare la mala fede dell'odierno Marcheſe, non baſta quel, che di ſopra ſi è detto, ch'e' per ottenere l'inteſtazione della feudalità di Caſtilenti, abuſò del decreto della regiſtrazion dell'aſſenſo: decreto dal Baron Romualdo eſtorto per menzogne, e per frodi; baſterà di certo quel, che ora ſoggiungo. Ben conobbe il Marcheſe D. Rinaldo la frode uſata da Romualdo ſuo padre nella regiſtrazion dell'aſſenſo ordinata nel dì 7. del meſe di Luglio dell'anno 1695. quando la *diſpenſa* del Collateral Conſiglio non eraſi ancora ottenuta. Conobbe ancora, che dovendo egli, per ottener l'inteſtazione, uſare di quella regiſtrazione, potea la paterna frode ſcoprirſi, e nuocere a lui: onde procurò con una nuova frode di naſconder l'antica, ed evitare il ſuo

dan-

danno. Espose alla Camera della Sommaria, che la *dispensa* del Collateral Consiglio erasi da suo padre ottenuta nel dì 26. del mese di Febbrajo dell' anno 1693. A questa brutta menzogna e' deve l' intestazione della feudalità di Castilenti.

In vano ancora mi oppone un fatto del Baron Rinaldo Coletti, figliuolo del Baron Gennaro, donde crede potersi trarre argomento a provare, che avesse colui ratificata la dazione *in solutum*. Il fatto è questo. Essendosi l'anno 1695. ordinato dalla Reg. Camera ad istanza del Barone Romualdo Sterlich il ripartimento delle adoe, che pagar si doveano da lui, come possessore delle porzioni feudali di Castilenti date a suo padre *in solutum*, e dal Baron Rinaldo Coletti, come possessore di altre porzioni dentro i medesimi confini di Castilenti; fu cotesto ripartimento al Coletti notificato, e 'l Coletti l' ebbe per buono: nè si dolse, che quelle porzioni date un tempo in dote a sua madre si possedeano allora dal Baron Romualdo, nè se ne protestò, come far dovea per far salve le sue ragioni. E poteva a cotesto modo ratificarsi la dazione *in solutum*? Il Baron Rinaldo Coletti approvò non la dazione *in solutum*, di cui nulla diceasi nelle *provisioni* della Reg. Camera, ma 'l solo ripartimento delle adoe. Che ha che fare l' una cosa coll' altra? La *ratiabizione*, come quella, che contiene la rinunzia del proprio diritto, è di così stretta interpetrazione, che non si estende da cosa a cosa: e perchè non si estenda, basta qualunque *colore*. Così 'l Barzio (a): *Approbatio intelligitur facta sine praejudicio jurium in reliquis... & si aliquo colore approbatio verificari potest in parte, non est extendenda ad totum*. Anzi, quando l' atto, che talun fa, non è tale, che necessaria- 29

(a) *Decis.* 70. *num.* 22. & 23.

mente induca la ratiabizione, e'l pregiudizio de' proprj diritti, è da interpetrarsi in modo, che'l più che si possa, gli giovi; *Quum factum*, dice il Gabriello (*a*), *necessario ratihabitionem non arguit, tunc ratihabitio non inducitur, sed interpretatur, sicut gerenti est utilius*. Si aggiunge, che, approvando il Coletti il ripartimento delle adoe, fatto ad istanza del Baron Romualdo, conservava, e raffermava i diritti, che avea su i beni feudali di Castilenti dati ad Eustachio *in solutum*, perchè da quel ripartimento nasceagli quella gran pruova, che si è già proposta nella presente Scrittura della enormissima lesion dell' apprezzo di quelle medesime porzioni.

Or se niun diritto ha'l Marchese D. Rinaldo sulle porzioni feudali di Castilenti, necessariamente ne segue, ch'essendosi ratificati dalle Baroneſſe D. Irene, e D. Clorinda i capitoli matrimoniali dell' anno 1665. e l'istrumento dell'anno 1666. ed impetrato ancora l'assenso, compete a' Baroni Coletti la vindicazione, e risalendo per potestà di Legge l'assenso suddetto all' anno 1666. anzi all' anno antecedente 1665. da quel tempo si debbono loro i frutti. Seguono i frutti o'l padron vero (*b*), o chi tien luogo di padrone (*c*). Vero padrone è colui, che ha per giusta causa acquistato il dominio (*d*): tien luogo di padrone, per rispetto de' frutti, il possessore di buona fede (*e*). Or essendosi mostrata nulla del tutto la dazione *in solutum*, è chiaro, che 'l Marchese D. Rinaldo, e i Baroni Romualdo, ed Eustachio suo padre, e suo avolo, non ne sono mai stati veri

(a) *Consil. 36. num. 57.*
(b) *L. Hevennius 42. de usur. & fruct.*
(c) *L. bonae 48. de adq. rer. dom.*
(d) *Tit. ff. de adq. rer. dom.*
(e) *Dict. L. bonae 48.*

veri padroni. E poichè per le cose dette è parimente mancata loro la buona fede, è parimente chiaro, che non han potuto nè men tenere luogo di padroni. Oltre a ciò, dove costi, esser nullo il contratto, in virtù di cui si possiede, la sola ignoranza del possessore, non basta ad indurre quella buona fede, che richieggon le Leggi, perchè faccia suoi i frutti. La buona fede dalle Leggi richiesta, non va mai disgiunta dal giusto titolo (*a*). Quinci è, che pongono comunemente i Dottori gran differenza tra giudizio di rescissione, e giudizio di nullità per rispetto de' frutti. In questo secondo, si debbon sempre restituire: in quel primo, non mai (*b*), o solamente nel caso, che si rescinda il contratto com' enormissimamente lesivo, cui si crede, che abbia dato causa il dolo (*c*). Ma non basta, che 'l Marchese D. Rinaldo restituisca i frutti percepiti. Della di lui mala fede, e della mala fede del padre, e dell'avolo, chiaramente costa per le riflessioni già fatte sull'istrumento della dazione *in solutum*, sulla registrazion dell'assenso, e sulla intestazione di Castilenti. Ciò posto, aver dee luogo quel, che de' possessori di mala fede ci lasciò scritto Ulpiano (*d*): *Sed & fructus, non quos perceperunt, sed quos percipere debuerunt, eos praestaturos*. Ma forse troppo si è scritto in una causa sì chiara. 31 32 33

Di Casa il dì 29. del mese di Aprile dell'anno 1762.

(a) *Inst. de rer. div.* §. *si quis a non domino* 35.
(b) Card. de Luca *disc.* 30. *de regal. num.* 3.
(c) Fontanella *decis.* 66. *num.* 16. & 20.
(d) *In L. sed & si* 25. §. 4. *de hered. petit.*

Per D. Anna Maria Giampaoli Baroneſſa di Collerotondo contr' a' Cittadini di Montagano.

ARGOMENTO.

In qual modo poſsa competere alle Univerſità il jus di paſcere, di aquare, di legnare, e di pernottare.

SOMMARIO.

1 *IL peſo della pruova, appartiene all' attore.*

2 *Ogni territorio ſi preſume libero, e chi ne allega la ſervitù, deve provarla.*

3 *In qual modo poſſa competere alle Univerſità il jus di paſcere ne' territorj aperti, e campeſtri.*

4 *L' aſſenſo non induce, nè prova il contratto, ſe 'l contratto non ci ſia, o non ſia ſtato provato di eſſerci, tuttochè nell' aſſenſo ſiaſi inſerito il tenor del contratto:* Ved. il num. 6.

5 *Se in una ſcrittura ſi enuncia, e ſi conferma un' altra ſcrittura, la ſcrittura enunciata, e confermata deveſi eſibire, altrimenti non ſi ha per vera.*

7 *La preſcrizione immemoriale, o centenaria, non giova, dove ſiaſi dal poſſeſſore prodotto il titolo vizioſo: ma ſe ſiaſi prodotto dall' avverſario, o da un terzo, tale produzione al poſſeſſore non nuoce:* Ved. il num. 8. e 9.

9 *Della Grazia della centenaria, o immemorabile, conceduta da Carlo VI. nell' anno* 1720.

10 *I Caſali non hanno proprio, e diſtinto territorio, ma ſono nel territorio della Città, cui ſi appartengono.*
11 *I reſcritti contengono la tacita condizione, ſe quel, che nella ſupplica ſi eſpone, ſia vero.*

ALLEGAZIONE XI.

CHi è, cui non faccia maraviglia il ſentire quel, che da' Cittadini di Montagano ſi pretende contra D. Anna Maria Giampaoli, Baroneſsa di Collerotondo? Pretendono eſſi di aver diritto di *paſcere*, di *aquare*, di *legnare*, e di *pernottare* nel territorio di Collerotondo, e ſeguentemente d' impedire alla Baroneſsa nel proprio feudo lo *sboſcare*, e 'l *fidare* gli animali de' foreſtieri.

Quando i Cittadini di Montagano una così ſtrana pretenſione deduſsero nella G. Corte, allegarono alcuni atti *poſſeſſivi*, ed una certa *Convenzione* dell'anno 1607. e ne' termini di un mero *poſſeſſorio* s' interpoſe dalla G. Corte nel dì 19. del meſe di Giugno dell' anno 1758. il ſeguente decreto: *Infra quatuor dies audiantur partes ſuper omnibus hinc inde deductis, & praetenſis: & interim, citra praejudicium jurium partium in petitorio, manuteneatur Baroniſſa D. Anna Maria Giampaoli in quaſi poſſeſſione fidandi exteros in ejus feudo Collisrotundi; verum pro nunc, & donec aliter fuerit proviſum, viſo exitu termini praedicti, liceat Civibus terrae Montiſagani, abſque ſolutione fidae, recidere in dicto feudo Montisrotundi ligna ſicca, & demortua pro uſu proprio tantum, & ſe abſtineant a reciſione lignaminum vivorum, & arborum cujuſcumque ſpeciei: & pariter liceat dictis Civibus immittere animalia ad paſcendum, & aquandum in territoriis dicti feudi, dummodo aquae ſint publicae, & animalia ſint propria, & deſerviant pro*

uſu

uſu proprio, & non pro induſtria, neque ſint animalia, quae teneant, vulgo a ſocida, *& neque animalia, quae exteris vendere intendunt, & dummodo hoc faciant in territoriis campeſtribus, & apertis, ſectis tamen ſegetibus, & recollectis fructibus, & ſpicis, & in territoriis nemoroſis, dummodo non adſint glandes: & caſu quo velint pernoctare cum dictis animalibus in dicto feudo, ſe abſtineant a conſtruendis tuguriis, aediculis, & receptaculis tam hominum, quam animalium, abſque ſolutione fidae, in beneficium praecitatae Baroniſſae pro tali conſtructione ad inſtar aliorum exterorum: & reſpectu territoriorum, in quibus ſeminare, ac conſtruere vineas velint, liceat eisdem talia peragere, ſoluto tamen terratico in beneficium ejuſdem Baroniſſae, ad inſtar pariter aliorum exterorum.* Eſſendoſi poi fatta relazione di cotesto decreto nel S. R. Conſiglio ad iſtanza de' Cittadini, fu confermato interamente. Ecco la formola del decreto del S. Conſiglio: *Remiſſa eſt cauſa eidem M. C. quae etiam provideat, quod facultas illimitate conceſſa decreto M. C. magnificae Baroniſsae Collisrotundi fidandi exteros in territoriis in actis deductis, reſtringatur, & intelligatur, dummodo nullum inferatur praejudicium Civibus terrae Montiſagani circa exercitium facultatis lignandi, & paſcua ſumendi in territoriis praedictis, ſervata forma ejuſdem decreti M. Curiae, & dummodo uſus paſcui, conceſsus dictis Civibus Montiſagani, extendatur etiam pro iis animalibus, quae inter cives ipſos vendi, & mercari ſolent.* Le giunte, che ſi veggon fatte dal S. Conſiglio al decreto della G. Corte, ciaſcun conoſce, che tendono a meglio ſpiegarne la mente; ma nulla in ſoſtanza contengon di nuovo.

Che che ſia di ciò, oggi che, *compilato il giudizio*, aſſi a decider la cauſa ne' *termini di petitorio*, la forza di quel decreto è ceſsata del tutto; e reſta ſolo, che ſi vegga,

vegga, se sia riuscito a' Cittadini di Montagano di provare il *titolo*, onde sì strani diritti pretendono di avere nel feudo altrui. E perchè quel dì, che nella Ruota della G. Corte la causa si trattò, qualche cosa di nuovo dal Difensor de' Cittadini si disse, mi è stato uopo di far la presente breve Scrittura, come una giunta alle Scritture già fatte da un mio dottissimo Collega, cui altre cure or tengono altrove.

Non si dubita, che nella causa presente i Cittadini di Montagano sono tenuti di provare, non già la Baronessa di Collerotondo, tra perchè sono essi gli attori (*a*), tra perchè favorevoli alla Baronessa sono le legali presunzioni. Per Legge, ogni territorio si presume libero (*b*): e chi allega servitù, dee provarla (*c*): nè i diritti, che que' Cittadini vantano sul territorio di Collerotondo, possono competere altrimenti, che per propria, od impropria servitù (*d*). Con tutto ciò, non contento io di dimostrare, che non han fatto essi alcuna pruova, che vaglia, dimostrerò, che non mancano alla Baronessa di Collerotondo pruove acconcissime ad escludere la loro intenzione. 1 2 3

CA-

(a) *L.* 2. *ff. de probat.*

(b) Loffred. *consil.* 29. *num.* 4. Rot. Rom. *rec. p.* 114. *decis.* 416. *per tot.*

(c) Loffred. & Rot. *loc. cit.*

(d) Card. de Luca *de servit. disc.* 37. 38. & 39.

CAPO I.

I Cittadini di Montagano non han fatto nella causa presente alcuna pruova, che vaglia.

AProvare la loro intenzione allegarono, secondochè si è detto, i Cittadini di Montagano, ed allegan pur oggi una *Convenzione* munita di Regio assenso dell' anno 1607. nella quale uno ad uno si esprimono i diritti, ch' e' vantano sul territorio di Collerotondo: ed ecco il titolo, che si produce.

Cotesto titolo non val per nulla, perchè non si produce, come di necessità sarebbe, il legittimo documento del contratto tra 'l Barone di Collerotondo, e 'l comune di Montagano. Solamente producesi un *memoriale*, che al Vicerè di quel tempo si porse dalla *Università di Montagano*. La sola Università di Montagano espose al Vicerè, che *con un albarano, e parlamento fatto era venuta a convenzione con Sebastiano Colaruſſo, Barone di Collerotondo:* indi uno ad uno inserì tutti i capi di essa: poi dal numero del meno, sconciamente passando al numero del più, soggiunse: *Supplicano perciò V. E. tanto detta Università, quanto il detto Sebastiano Colaruſſo, si degni interponere il suo Regio decreto.* Segue finalmente il Regio decreto. E così si prova la convenzione? E' noto a ciascuno quel che, dopo il Baldo, da' Dottori comunemente s'insegna, che l'assenso non è atto, che sta da se, ma atto confermante il contratto, onde, non provato il contratto, non può nè indurlo, nè pro-

4

provarlo l'aſſenſo (*a*). E generalmente è vero, che ſe in una ſcrittura ſi enuncia, e ſi conferma un' altra ſcrittura, la ſcrittura enunciata, e confermata ſi deve eſibire, altrimenti non ſi ha per vera: e così deciſe il S. Conſiglio ne' tempi di Afflitto, tuttochè 'l Notajo, il Giudice a' contratti, e i teſtimonj, atteſtaſſero in quel caſo di aver veduta la ſcrittura enunciata, di averla veduta ſtipulare per mano del tal Notajo, e coll'intervento del tal Giudice, e de' tali teſtimonj, e diceſſer di più, che 'l di lei tenore era tale, qual ſi dicea, che foſſe nella ſeconda ſcrittura (*b*). Eſibiſcano dunque i Cittadini di Montagano l'albarano, ch' enunciano: eſibiſcano l' iſtrumento, e così potran provare la convenzione, che allegano. 5

Ma l' acuto Difenſore de' Cittadini di Montagano riſponde, eſſer ciò vero, quando nella ſupplica ſemplicemente ſi enuncia la convenzione, non quando uno ad uno ſe ne inſeriſcono i capi, come da' Montaganeſi ſi fece: nel qual ſecondo caſo, *coſtando dall' aſſenſo ciò, che nell' iſtrumento ſi contenea, piena fede a quello dar ſi debbe, tuttochè allo ſteſſo ſtrumento ſia relativo*, ſon parole della contraria Scrittura.

O come la paſſion della cauſa inganna anche i più dotti! Il dotto Avverſario dice coſa non ancora udita nel foro, anzi contraria a quel, che intorno a ciò da' Dottori ſi è ſcritto: *Aſſenſus non probat contractum*, 6 dice il Galeota (*c*), *quamvis in eo contractus tenor inſeratur*. E perchè non pretenda il ſottil Contraddittore, eſſer da intendere il Galeota del caſo, che nella ſupplica ſi eſponga il *tenore*, cioè la ſuſtanza del convenuto, non del caſo, che vi s' inſeriſcano i capi, e le proprie parole del contratto, traſcriverò quel, che per autorità

(a) De Ponte *de pot. Proreg. tit.* 7. §. 9. *num.* 7. Galeot. *controv.* 53. *num.* 20. *lib.* 2.

(b) *Deciſ.* 273. *num.* 5.

(c) *In dict. deciſ. num.* 20.

del Cravetta colui ſoggiunge, *ut de inſtrumento inſerto in privilegio Principis tradit in terminis Cravetta*. Molto prima del Galeota avea ſcritto Matteo degli Aſſliti (*a*): *Si per notarium fiat mentio de alio privilegio, vel ſcriptura, non probat illud, etiamſi totum privilegium, vel ſcriptura ſit inſertum in dicto inſtrumento*. Ma più che l' autorità de' Dottori diſingannerà l' ingenuo Contraddittore la fortiſſima ragione, nella quale i Dottori ſi appoggiano. L'inſerirſi nella ſupplica il tenore, o i capi della convenzione fa, che'l Principe ſappia le coſe, che ſi aſſeriſcono pattuite: ma non toglie il dubbio, ſe quelle coſe ſi ſieno veramente pattuite tra coloro, a nome di cui la ſupplica ſi porge; o che ſi nominano nella ſupplica. Di ciò può ſolamente coſtare per la eſibizione *in forma valida* della ſcrittura: altrimenti ſi potrebbe far frode altrui. Ben può chicchеſſia eſporre oggi al Principe di eſſer venuto meco a convenzione, e ſupplicarlo del Reg. aſſenſo, ſenzacchè io nulla ne ſappia; e tener poi preſſo di ſe la ſcrittura per valerſene, quandochè ſia, contra me, o gli eredi miei: nè i ſupremi Miniſtri del Principe, prima di preſtare a nome del Re l' aſſenſo, ſi brigano delle perſone, tra cui ſi dice fatta la convenzione. Intendono ſolamente alle coſe, che ſi eſpongono, ed eſaminano, ſe ſieno tali, che preſtare, o negar ſi debba l'aſſenſo. Ultimamente eſpreſſe meglio, ch' altri, coteſta ragione il noſtro accuratiſſimo Giuſeppe de Roſa (*b*): *Praemitto, quod privilegium aſſenſus, licet preces partium contractus tenorem referentes contineat, nihilominus contractum nec inducit, nec probat; ideoque ſi contractus, & conventio partium aliunde non appareat, nihil agitur . . . . . nam preces in aſſenſu contentae, contractum non inducunt, nec probant, quum nullo modo conſtet, eas vere fuiſſe porrectas ab eo, cujus nomi-*

(a) *In dict. deciſ. num.* 4.

(b) *Conſult.* 59. *a num.* 41. *in fine*.

nomine dicitur supplicari, & alias aperietur manifesta via fraudibus . . . . rursus, quia preces ipsae ad contractum se referunt, nec tendunt ad inducendam novam dispositionem, sed ad jam factam exponendam, ideoque contractum inducere non possunt, quia non stant per modum dispositionis, sed enunciationis . . . . nec tractatur de enunciatione facta in partium ipsarum praesentia . . . . nec ex eo, quod in ipso contractus referatur, poterit contractus induci, in quo non Regis asserentis, sed partium voluntas requiritur: nec etiam probari, quia contractus non est de his, quae pendent a voluntate, seu potestate Regis, sed partium; ideoque ex enunciatione in privilegio contenta non probatur . . . . maxime in privilegio concesso ad instantiam partium. Almeno richiederebbesi, che la supplica contenente i capi della convenzione, fosse sottoscritta dalle parti, e costasse della verità della soscrizione. Ma cotesto ancora manca nel caso nostro.

Soggiunge il dotto Difensore de' Montaganesi, che anche *ne' termini di giudizio ordinario, basterebbe* a provare l' intenzione de' suoi clienti *l' assenso dall' immemorabile possesso avvalorato.*

Dunque da' Montaganesi si produce principalmente per titolo l' assenso, o, per meglio dire, la transazione nell' assenso contenuta: seguentemente producesi il possesso a confermazione del titolo: che val tanto, quanto il dire, che producesi il titolo come causa, e 'l possesso com' effetto. E se così è, son vinti. Chi produce il titolo, quandochè questo sia vizioso, come viziossimo è quello, che nella presente causa si produce, spera invano, che posa in alcun modo giovargli qualunque possesso o *immemorabile*, o di cento, e più anni. Sebbene l' uno, e l' altro faccian presumere il giusto titolo, e la buona fede, nondimeno, qualora costa del titolo vizioso, cessa del tutto allora quella presunzione di giusto titolo, e di buona fede, senza di cui niuna prescrizione procede: nè per lunghezza di tempo il 7

principio difettoso si emenda, giusta lo stabilimento de' Canoni (*a*), ricevuto in quasi tutti i Tribunali di Europa, ed in questo nostro Reame per espressa Legge approvato (*b*). Questa è dottrina, cui non è chi contraddica; sicchè non ci è uopo di autorità di Dottori: pur se ne produca una sola, che val per mille. *Et si praescriptio centum annorum*, dice nel suo Codice Antonio Fabro (*c*), *in plerisque differt ab ea, quae est tanti temporis, cujus initii non extet memoria: in hoc tamen convenit, quod neque tituli, neque bonae fidei probationem ullam requirit; nam praeter id, quod ex solo lapsu tam longi temporis & titulus, & bona fides facile praesumitur, ipsa etiam temporis antiquitas utroque casu justi tituli vim obtinet. Cui consequens est, ut si tam diuturnae possessionis titulus aliquis vitiosus proferatur, aut qua alia ratione malam fidem ab initio interveniss appareat, centenaria praescriptio nulla sit: postquam jure Pontificio placuit, ut nec malae fidei possessor, nec debitor, nec ipsius heres ulla temporis praescriptione defendi possit*. E ciò tanto è vero, che, quando abbia taluno esibito il titolo, deve allora il Giudice farsi ad esaminare nol possesso, ma 'l titolo solo, come se non ci fosse mai stato alcun possesso. Così giudicò per testimonianza del Fontanella (*d*) il Senato di Catalogna in un caso simigliantissimo al nostro: *Quia fuerat exhibitus titulus, visum fuit oportere, quod de eo, & de illius viribus disputaretur, & cognosceretur, ac si nulla post eum subsequuta fuisset possessio, & observantia*. Poichè dunque non è riuscito a' Montaganesi di pienamente provare, com' e' doveano, il titolo da lor prodotto, è del tutto inutile qua-

(a) *Cap. vigilanti, & cap. ult. de praescr.*

(b) *Pragm. III. de praescript. diei 14. mensis Mart. an.* 1738.

(c) *Lib. 7. tit. 13. def. 2.*

(d) *Decis. 85. num. 18.*

qualunque diſputa di poſſeſſo. Pur qualche coſa ſe ne dirà nel Capo ſeguente.

Nè oſta, che non eſſendo vietato il concorſo di 8
più titoli, come, dopo ben molti Dottori, ha ultimamente inſegnato il Card. de Luca (*a*), deve a' Montaganeſi eſſer ſalvo qualunque titolo migliore; poichè nuoce loro la notiſſima *teorica* d' Innocenzo (*b*), che gran differenza pone tra 'l caſo, che 'l titolo vizioſo ſi preſenti dal poſſeſſore a baſtanza ſicuro per la *centenaria*, o per la *immemoriale*, e 'l caſo, che preſentiſi dall'avverſario, o da un terzo. In queſto ſecondo caſo, l'eſibizione del titolo vizioſo, non può recare alcun pregiudizio al poſſeſſore, perchè ſenza la coſtui approvazione ſi è prodotto; nè permetton le Leggi (*c*), che uom riceva danno dal fatto di altrui, ove non vi conſenta, o non l'abbia per buono. Ma nel primo caſo, il titolo vizioſo, nuoce al poſſeſſore, dappoichè, potendo egli baſtevolmente difenderſi per la ſola antichità del tempo, ed eſibendo volontariamente il titolo, fa credere, che non ne abbia altro migliore: che ſi reſtringa a quel ſolo, e che voglia, che ſecondo quello ſi giudichi del ſuo poſſeſſo. Per non recar noja a' Signori Giudicanti, piacemi di traſcrivere un ſolo nobiliſſimo luogo del citato Fontanella (*d*): *Quando pars, quae opponit de praeſcriptione, non eſt quae titulum exibuit, ſed pars diverſa, vel alius quidam tertius, tunc, quantumvis titulus ſit inofficioſus, & vitioſus, non nocet ex adverſo allegatae praeſcriptioni, nec tollit praeſumtionem boni tituli ex curſu temporis orientem, nec excluditur poſſibilitas alterius melioris tituli: quod eſt in ſumma dicere, ceſſare tunc malignitatem inofficioſitatis, & vitii tituli,*

nec

(a) *De regal. diſc.* 47. *num.* 8.
(b) *In cap. dudum de decim.*
(c) *L. quidem* 25. §. 2. *ad Trebell.*
(d) *Deciſ. Cathal. tom.* 2. *deciſ.* 445. *a num.* 7.

nec nocere parti non producenti . . . . Ratio est clara, & manifesta, quia, quando alius exhibet titulum, tunc id quod est, me possidere illo titulo inhabili, solum consistit, & fundatur in narrativa, & assertione exhibentis, qui id dicit, sed non probat, quia solum probat nullitatem tituli, sed non me non habere alium, nec aliud jus: unde non sequitur, non posse juvari possibilitate alterius tituli validi ad effectum obtinendi sententiam absolutoriam . . . Quod non est ita, quum ego exibeo titulum; non enim est praesumendum, quod si haberem alium meliorem, non exibuissem eum, sed invalido me fundassem . . . unde sequitur illud, quod communiter dicimus, ex productione tituli invalidi praesumi, non adesse alium meliorem, quia productus fuisset, quum homines communiter soleant producere titulum meliorem: & si invalidum producunt, signum est evidentissimum, eos alium meliorem non habere, intelligendum esse, quando eadem pars illum produxit, & in istis terminis loquuntur Doctores; & non quando alius. Questa comunissima dottrina si vuol ri-
9 guardare, come una Legge del Regno. Nell'anno 1720. fu dall'Imp. Carlo VI. conceduta la grazia, volgarmente detta della *centenaria* (a), in virtù di cui ossa al Fisco il possesso immemoriale, o di cento anni, tuttochè costi *de titulo vitioso, infecto, vel invalido:* ma si soggiunse immediatamente, *dummodo tamen titulus praedictus non sit exhibitus ab eisdem possessoribus.*

Si volge altrove l'accorto Difensore de' Montaganesi, e dice, che anche quando mancasse la *Convenzione* dell'anno 1607. competerebbero a' suoi clienti i pretesi diritti sul territorio di Collerotondo, conciosiachè sia Collerotondo non un feudo, che abbia proprio e distinto territorio, ma un *casale* appartenente al territorio di Montagano.

E quali pruove i Montaganesi ne han fatte? Si fer-

(a) *Pragm. XXXVI. de feud.*

ſervono di alcune antiche *aſſertive*. Ma l' ingenuo lor Difenſore ben conoſcendo, che mal può per mere *aſſertive* provarſi il titolo, dice di volerſi *reſtringere ad un privilegio del Re Federigo*, che, confermando nell' anno 1500. una donazione di Collerotondo fatta dal Duca di Termoli a Galieno d' Anna, ſuo chirurgo, chiami quel feudo *caſale di Montagano*: indi moſtra, che i *caſali* per Legge non han proprio, e diſtinto territorio, ma ſono nel territorio della Città, cui ſi appartengono, ſicchè queſta, e quelli coſtituiſcano un ſolo corpo (*a*). 10

Ho io per vero la maſſima legale? ma nego, che aveſſe il Re Federigo dichiarato *caſale* il feudo di Collerotondo. Il chirurgo del Duca di Termoli nella ſupplica, che porſe al Re per l'aſſenſo, chiamò quel feudo *caſale*: ſeguentemente, inſerendo il Re, come ſuol farſi, nel privilegio il tenor della ſupplica, ritenne le medeſime eſpreſſioni. Eccone le parole: *Sane pro parte magnifici viri Galieni de Anna, chirurgi noſtri fidelis dilectiſſimi, fuit M. N. reverenter expoſitum quemadmodum pro remuneratione ſuorum ſervitiorum Illuſtri Andreae de Capua de Altavilla, Duci Termularum, praeſtitorum, idem illuſtris Dux praedicto Galieno pro ſe, ſuiſque heredibus, & ſucceſſoribus in perpetuum dedit, & conceſſit CASALE COLLISROTUNDI, SITUM IN PERTINENTIIS MONTISAGANI &c.* Le *aſſertive* delle parti, tuttochè da' Principi s' inſeriſcano in quella parte de' Diplomi, ove ſi epiloga l'eſpoſto, non laſciano d' eſſer *aſſertive* di privati: e ſi ſa, che tutti i reſcritti de' Principi contengono la tacita condizione, ſe quel, che nella ſupplica ſi eſpone, ſia vero (*b*). 11

CA-

(a) Sanfelice *deciſ.* 385. De Ponte *conſ.* 51. *lib.* I. Galeot. *lib.* 2. *contra* 28.

CAPO II.

La Baroneſſa di Collerotondo ha fatte nella cauſa preſente quelle pruove, che non era tenuta di fare.

LA *Convenzione* dell' anno 1607. ſi è già moſtrata del tutto favoloſa. Per riſpetto del vantato poſſeſso, il mio dotto Collega nel Capo II. della Scrittura del dì 15. del meſe di Novembre dell' anno 1759. chiaramente provò, che dal ſuddetto anno 1607. non ſono mai ſtati i Montaganeſi nel poſſeſso, ch' e' vantano: ed io prego i Sign. Giudicanti, che; ſebbene nella cauſa preſente non ſi abbia a parlar più di poſſeſso, pur vogliano degnarlo di un guardo. L'unità poi del territorio di Montagano, e di Collerotondo, apertamente ſi eſclude per una Carta del Re Alfonſo I. dell' anno 1450. Confermaſi in eſsa a benefizio di Giacomo di Montagano la conceſſione di più feudi, i quali diceſi quivi, che ſi teneano *immediate a Curia*, e di que' feudi, che nominatamente ſi noverano, il primo è Montagano, l'ottavo è Collerotondo. Dovrebbero i Montaganeſi provare, che dopo quell'anno, i due territorj diventarono un ſolo. Ma niuna pruova ne han fatta, e qualunque poſſibil pruova, chiaramente ſi eſclude pe' libri del Cedolario, ne' quali dall'anno 1500. ſino al preſente dì ſi trovano Montagano, e Collerotondo ſeparatamente taſsati, tuttochè per lungo tempo uno foſse ſtato il poſſeſsor di amendue. Si vegga il Capo I. della ſopraccitata Scrittura del dì 15. del meſe di Novembre.

Chi è ora, che non debba fondatamente ſperare, che abbia la G. Corte a liberare una volta la Baroneſsa Giampaoli dalle moleſtie, che ingiuſtamente le danno i cittadini di Montagano?

Di Caſa il dì 2. dell'anno 1761.

Per

Per lo Barone D. Biagio Aſciutti contr' il Duca di Bruzzano.

ARGOMENTO.

Se nella locazione de' feudi con giuridizione, e vaſſalli, ſi richiegga il Regio Aſſenſo, ſpezialmente, ſe la locazione ſia a tempo lungo.

SOMMARIO.

1 *SE nella locazione de' feudi con giuridizione, e vaſſalli, ſi richiegga il Regio Aſſenſo, ſpezialmente, ſe la locazione ſia a tempo lungo:* Ved. i num. ſeg.

3 *Gli uffizj, a' quali è anneſſa l' amminiſtrazion della giuſtizia, poſſono venderſi a perſone, che gli poſſan meritare.*

4 *I patti accreſcono, e ſcemano i prezzi delle coſe.*

5 *Chi tardi paga, meno paga.*

ALLEGAZIONE XII.

NEl dì 22. del meſe di Luglio dell' anno 1763. tra 'l defunto Principe della Roccella D. Gennaro Caraſa, e 'l Barone D. Biagio Aſciutti, ſi ſtipularono due iſtrumenti. Nel primo ſelſe a fitto il Barone per anni 6. tutti i feudi del Principe per annui duc. 26600,

economia, perchè vi metteſſe eſſo i nomi delle perſone, che più gli foſſero a grado.

Per lo ſpazio di cinque anni fu coteſto contratto fedelmente eſeguito dal Principe D. Gennaro. Morto coſtui nel meſe di Ottobre del paſſato anno 1767, il Duca di Bruzzano ſuo figlio, ed erede, contravvenne al convenuto nel primo iſtrumento, ſpogliando il Barone della carica di *Governator generale politico*, conferendola altrui ſotto il titolo di *Procurator generale*, ed al convenuto nel ſecondo, negandogli le *patenti in bianco* delle cariche, cui era anneſſa l'amminiſtrazione della giuſtizia. Ricorſe il Barone, dolendoſene, al Signor Commeſſario, il quale, intese le parti, allo Scrivano della cauſa ordinò, che formaſſe un atto dintorno a ciò. Queſto, come avealo formato lo Scrivano, non era del tutto conforme al convenuto ne' due ſuddetti iſtrumenti: e pure tali nuove poſtille poi vi ſi aggiunſero, che 'l Procurator del Barone non potè, ſenza tradire il Cliente, accettarlo, e ſe ne proteſtò formalmente in iſcritto. Finalmente, propoſto dal Signor Commeſſario l'affare in Ruota, feceſi decreto ordinante, che al Barone Aſciutti ſi conſegnaſſero *in bianco* le *patenti*, le quali non riguardaſsero eſercizio di giuridizione: e venne così ſpogliato del diritto di eleggere i Governatori, e della carica di *Governator generale politico*. Contra coteſto decreto ſi ſono prodotti tre Capi di *nullità*, che ora mi ſo io a difendere.

Non ſi dubita, eſſerſi ne' due ſuddetti iſtrumenti eſpreſſamente convenuto, che ſi manteneſſe il Barone nella carica di *Governator generale politico*, e gli ſi conſegnaſsero *in bianco* anche le *patenti* riguardanti eſercizio di giuridizione. Perchè dunque queſte ſi eccettuano, e quella gli ſi toglie? E come può valere un decreto contra 'l convenuto in due publiche ſcritture? Il motivo allegato in Ruota fu queſto, eſſerci carte Regali vietanti a' conduttori di feudi l'eſercizio della giu-

giuridizione. Ma due riſpoſte furon da me rendute al mio dotto Contraddittore, l' una di fatto, l' altra di dritto. La prima fu, che la carica di *Governator generale politico* conſiſtea tutta nel poter ricevere i memoriali, e rimettergli a' Governatori con formole meramente *eccitative* di giuſtizia: il quale atto non è certamente atto di giuridizione: e per riſpetto delle *patenti*, doveano queſte ſottoſcriverſi dal Principe locatore, e non altro permerteaſi al conduttore, ſe non che la elezione delle perſone. Atto di giuridizione è la ſottoſcrizione, per cui nella perſona eletta dal conduttore ſi trasferiſce la poteſtà di render giuſtizia: l'elezion della perſona è coſa di mero fatto, che non produce alcun effetto legale. La ſeconda riſpoſta fu l' ingenua confeſſione, che feci in Ruota, di non ſapere coteſte Carte Reali: ed o quante preghiere porſi al mio Contraddittore, perchè mi faceſſe ſapere, quali foſsero, e dove: ſe antiche, o moderne; e ſe ſtampate, o ſcritte a penna: e perchè non mel ſeppe, o non mel volle dire, mi valſi io allora dell' autorità del noſtro Reggente de Marinis, da cui ſi propone (*a*) l' antica controverſia: *An de jure intervenire debeat aſsenſus Regius in locatione, quae fieret de feudo cum juriſdictione, & vaſsallis, ita ut ſi obtentus non fuerit, fiat locus revocationi contractus vigore Conſtitutionis Regni, Conſtitutionem Divae memoriae*: la qual controverſia ſoppone valida, ma revocabile ad arbitrio del locatore prima della interpoſizione del Regio aſsenſo la locazion de' feudi con giuridizione, e vaſsalli: tanto è lontano, che ſieſi avuta per coſa incompatibile, come oggi pretendeſi, nella perſona del conduttore l' eſercizio della giuridizione. Ag-

riguardevoliſſimi interpetri del jus feudale, e per eſempj di coſe giudicate il de Marinis dimoſtrò, che anche ſenza il Regio aſſenſo potea nella locazion de' feudi comprenderſi irrevocabilmente la giuridizione; e che 'l Regio aſſenſo, il quale vi ſi fa su talvolta interporre, non ſi fa interporre per la irrevocabilità del contratto, ma per acquiſtare l'ipoteca feudale. Finalmente diſſi,
2 che ritenendoſi l'opinione, che ſi richiedeſſe il Regio aſſenſo, aver potea luogo nel ſolo caſo della locazione di tempo lungo; cioè, come dal noſtro Anton Capece (a), ed oggi dal più de' Dottori s'inſegna, di dieci anni. Contuttociò favorevole al Contraddittore fu 'l decreto del S. Conſiglio. Chi non avrebbe allora creduto, che realmente ci foſſero coteſte Carte Reali, e foſſero venute fuori dopo i tempi del Reggente de Marinis, e di altri ancora più recenti Scrittori del noſtro Regno? Io così credei, ma poichè ſeppi, che due de' cinque Signori della Ruota aveano opinato contr' al decreto, cominciai nuovamente a dubitarne, e mi rallegrai, che a due riſpettabiliſſimi Conſiglieri, cui debbo cedere nella dottrina, coteſte Reali Carte foſſero ignote non meno, che a me. Succeſſivamente ho voluto uſare tutte le più minute diligenze per trovar perſona, cui non foſſero ignote: nè mi è riuſcito di trovarla; anzi al contrario ho trovato, che nel paſſato anno 1767. nulla ne ſapeva il S. Conſiglio, colla cui autorità ſi diè a fitto il feudo di Ceglie nominatamente colla giuridizione: e ne ho fatto produrre idoneo documento appreſſo gli atti. Le Carte Reali per riſpetto de' Governatori Baronali ſolamente ordinano, che da' Baroni ſi paghino loro effettivamente i ſalarj, e che non vaglian per nulla le *ricevute*, che i Governatori anticipatamente ne facciano. Altre Carte Reali per riſpetto di eſſi, o delle loro *patenti* non ſo, che ci ſieno: e ſe 'l Contrad-

(a) *Inveſtit. v.* feudorum locatione 5.

traddittore le fa, l'esibisca. Or se permessa è per Legge la locazione de' feudi con giuridizione, come sarà poi turpe il patto di darsi al conduttore la carica di *Governator generale politico*, e le *patenti* de' Governatori *in bianco*? Nel primo caso si trasferisce veramente nel conduttore l'uso della giuridizione: nel secondo la semplice facoltà di eccitar giustizia, e di eleggere le persone. Nel primo gli si concedono due cose, la sossrizion delle *patenti*, ch' è atto di giuridizione, e l' elezion delle persone: nel secondo gli si concede questa seconda cosa sola. E se questa, quando è unita ad un' altra, è dalle Leggi permessa, per quali principj di giurisprudenza si pretenderà, che sia vietata, quando è sola? Nullo è dunque il decreto del S. Consiglio.

Ma permettendosi al conduttore la carica di *Governator generale politico*, potrebbe, abusandone, ritardare il corso della giustizia, e permettendoglisi di porre nelle *patenti* i nomi delle persone, che più gli piacciono, due mali se ne potrebber temere; l' uno, che le vendesse a chi gliene desse maggior prezzo, e meno le meritasse: l'altro, che, dipendendo i Governatori da lui, nelle esazioni, ch' e' dovrà fare, abuserebbero della giuridizione in pro del conduttore, ed a danno de' poveri vassalli.

Dunque (risspondo io) si tolga a' Baroni il diritto di ricevere i memoriali, e di eccitar giustizia, e si tolga anche loro il diritto di eleggere i Governatori de' feudi. Cotesti istessi mali si possono temere, quando essi ricevono i memoriali, e quando eleggono i Governatori, e danno loro le *patenti*. Io non intendo di difendere que' Baroni, che vendono le *patenti* delle cari-

ceto, insegnino, potere anche gli uffizj, a' quali è annessa l'amministrazion della giustizia, esser venali, se si vendano a persone, che gli possano meritare. Molto meno intendo di difendere, o di scusare in alcun modo l'abuso, che da' Governatori Baronali talvolta si fa della giuridizione in pro de' Baroni, ed a' danni de' vassalli. Solamente dico, che, sebbene non sia da permettersi nè la venalità delle cariche di giustizia, nè l'abuso della giuridizione; e sia ben giusto, che, provandosi ne' casi particolari, che questo, o quel Barone abbia vendute le cariche di giustizia, od abbia da' Governatori, a cotesto modo eletti, fatto opprimere i vassalli, gli si tolga in pena il diritto di dar *patenti*; non è però giusto, che per un semplice sospetto, anzi per la mera possibilità di cotesti mali, si tolga generalmente a' Baroni il diritto di elegger Governatori, ed in fatti lor non si toglie. Che se non ci è differenza in quanto agli effetti tra'l caso, che'l Barone sottoscriva le *patenti* per persone da lui medesimo elette, e 'l caso, che le sottoscriva per persone, che 'l conduttor del feudo eleggerà; chi non vede, che'l contrario argomento, perchè troppo pruova, non pruova nulla? Si aggiunge, che per lo spazio di cinque anni, quanti ne sono corsi dal primo anno dell' affitto fino all'anno della morte del Principe D. Gennaro, ha 'l Barone Asciutti date le *patenti* da colui sottoscritte a persone, dalle quali si è amministrata la giustizia, senzacchè se ne fosser mai doluti i vassalli. Se fosse negli atti alcuno, anche non del tutto idoneo documento, che avesse potuto far entrare nell' animo del Giudice un qualche probabil sospetto o di avere il Barone Asciutti vendute le *patenti*, o di aver fatti per mezzo de' Governatori da lui eletti, opprimere in qualche modo i vassalli, meno intollerabil sarebbe il decreto del S. Consiglio. Ma cotesto documento non ci è negli atti; anzi la sperienza di cinque anni ci ha mostrato il contrario. Ed in tale stato di cose, come poteva

teva esecutivamente giudicarsi contra 'l convenuto in due pubblici istrumenti ? Dunque sempre più si scopre nullo il decreto del S. Consiglio.

Ma vere sieno le Carte Reali, che mi si oppongono, senza volermisi far sapere, quali sieno, e dove; e sia pure incompatibile nella persona del conduttore la carica di *Governator generale politico*, non che la giuridizione; ed atto di giuridizione ancora sia la semplice elezione de' Governatori. Quando tutto ciò si conceda, come potrà pretendere il Duca di Bruzzano l' intero fitto? E' massima indubitata di Legge, che i patti 4.
accrescono, e scemano i prezzi delle cose (*a*). Agl' istrumenti si apposero gli espressi patti, di doversi mantenere il Barone Asciutti nella carica di *Governator generale politico*, e di dovergliſi consegnare in ciascun anno le *patenti in bianco* delle cariche di giustizia : nè, senza cotesti patti, avrebbe egli promessi annui 2660. Gl' importava, che i Governatori dello Stato di Roccella non gli fossero avversi : almen gl' importava, che fossero a lui noti, e che i vassalli gli riguardassero com' eletti da lui. Per la carica di *Governator generale politico*, e per la elezione de' Governatori, rendeasi assai più rispettabile, e molto più agevoli, e pronte riuscivano l'esazioni: la qual cosa, secondo il comun pensare degli uomini, e per ragion legale, è parte di prezzo. Così Triboniano (*b*): *Qui tardius solvit, quam solvere* 5.
deberet, minus solvere intelligitur : e prima di lui il giurisconsulto Ulpiano (*c*): *Melior conditio adferri videtur, si pretio sit additum. Sed & si nihil pretio addatur, solutio tamen offeratur facilior pretii, vel maturior; melior conditio adferri videtur*. Dunque tendeano qui'

Digitized by Google

patti a far, che'l Barone non foſſe in danno. Senza di eſſi molto più difficile, e più tarda ſarebbe ſtata l' eſazione, e grave danno gliene ſarebbe venuto; e non avrebbe il Barone tolti que' feudi a fitto per la eccesſiva ſomma di annui 26600. Dunque, ſe gli ſi è tolta la carica *di Governator generale politico*, e ſe gli ſi è tolto il diritto di eleggere i Governatori, è giuſto, che ſi ſcemi il fitto: tanto più, che co' medeſimi patti ha egli ſubaffittati alcuni feudi.

A tutto ciò, gran forza aggiunge un fatto, di cui non ſi può dubitare. Aveva il Barone Aſciutti dati a fitto alcuni territorj per *uſo di paſcolo*. Or il Duca di Bruzzano per mezzo del *Procurator generale*, e de' Governatori da lui eletti, ne ha cacciati di fatto i conduttori, e gli ha dati a fitto ad altrui per *uſo di ſemina*: ed eſſendo il Barone ricorſo contra coteſto attentato alla R. Udienza, l'ha fatta il Duca inibire dal S. Conſiglio.

Ma non le ſole *patenti* delle cariche di giuſtizia ha negate il Duca di Bruzzano al Barone Aſciutti: gli ha negate ancora le *patenti* delle altre più baſſe cariche, cui non è anneſſa in alcun modo la giuridizione, e che poſſono eſſer venali, e ſono le cariche di Caſtellano, di Montiere maggiore, di Capitan d' armi, di Maſtro giurato, ed altre: le quali tutte gli furon nominatamente promeſſe negl' iſtrumenti. E pretende poi il Duca di Bruzzano l'intero fitto?

Di Caſa nel dì 16. del meſe di Decembre dell'anno 1768.

Fine del Tomo XI.

VA1526566